

VU Research Portal

Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever

Vegter, M.S.A.

2005

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Vegter, M. S. A. (2005). *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever*. [, Vrije Universiteit Amsterdam]. SDU Uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

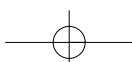
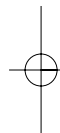
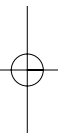
Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

VERGOEDING VAN PSYCHISCH LETSEL DOOR DE WERKGEVER



M.S.A. VEGTER

Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever

Sdu Uitgevers
2005

Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:

Sdu Klantenservice

Postbus 20014

2500 EA Den Haag

tel.: (070) 37 89 880

fax: (070) 37 89 783

© M.S.A. Vegter, Bergen NH, 2005

Afbeelding omslag: © Leonie Oortgijsen, www.oortgijsen.nl

Omslagontwerp: Villa Y, Den Haag

Ontwerp binnenwerk: C. Koevoets, Amsterdam

Zetwerk: Studio TypeFace, Lelystad

ISBN: 9012109434

NUR: 825

Met uitzondering van het auteursrecht van de auteur op het werk, berusten alle intellectuele-eigendomsrechten bij de uitgever.

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

WOORD VOORAF

Na ruim vijf jaar werk aan dit proefschrift, tussen allerlei andere activiteiten door, is het boek gereed gekomen. Hiervoor ben ik verschillende mensen dank verschuldigd. Een aantal van hen wil ik noemen.

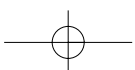
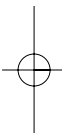
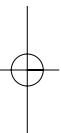
In de eerste plaats wil ik mijn promotoren Arno Akkermans en Guus Heerma van Voss bedanken voor de ondersteuning bij het doen van het onderzoek, het meedenken over lastige vraagstukken en het kritisch bekijken van de toch wel omvangrijke stukken tekst.

Daarnaast wil ik de collega's van Kennedy Van der Laan bedanken voor het feit dat zij het mogelijk hebben gemaakt dat ik, afhankelijk van de stand van mijn proefschrift, twee of drie dagen per week kon werken of bepaalde perioden geheel verlof kon nemen om de gemiste uren later weer in te halen. Bovendien dank ik hen voor de getoonde belangstelling in de voortgang van het proefschrift. Ditzelfde geldt voor de collega's van de VU. Zij hebben mij niet veel gezien, maar hebben, als ik er was, altijd belangstellend geïnformeerd hoe de stand van zaken was. Verder wil ik in het bijzonder Maarten Koetser en Marius Pieters bedanken voor het kritisch doornemen van enkele hoofdstukken en Catharina Kat voor het aandra-gen van het onderwerp van dit onderzoek.

Prof. mr. C.E.C. Jansen, prof. mr. N. Frenk, mr. S.D. Lindenbergh, prof. mr. A.J.C.M. Geers en prof. mr. S. Klosse bedank ik voor hun bereidheid om zitting te nemen in de leescommissie.

Ten slotte wil ik mijn familie bedanken voor de praktische en emotionele steun bij het schrijven van dit proefschrift en voor het bieden van de nodige rust en ruimte (vooral op zondag) om dit boek te schrijven.

Bergen NH,
juni 2005.



INHOUDSOPGAVE

| | |
|--|-----------|
| Deel I Grondslagen voor de vergoeding van psychisch letsel | 27 |
| 1. Inleiding | 29 |
| 1.1 Aanleiding van het onderzoek en onderzoeksvragen | 29 |
| 1.1.1 Toenemend aantal psychisch zieke werknemers | 29 |
| 1.1.2 Verklaringen voor deze toename | 30 |
| 1.1.3 Inperking WAO | 32 |
| 1.1.4 Extra Garantieregeling Beroepsrisico's | 35 |
| 1.1.5 Juridische vragen rondom de vergoeding van psychisch letsel | 36 |
| 1.2 Algemene aspecten van de vergoeding van werkgerelateerd psychisch letsel (vergoedingssystemen) | 39 |
| 1.3 Oorzaken van werkgerelateerd psychisch letsel | 41 |
| 1.4 Rechtsvergelijking | 45 |
| 1.5 Opbouw van het boek | 45 |
| 1.5.1 Deel I en Deel II | 45 |
| 1.5.2 Geschreven normen en medische en juridische aspecten van psychisch letsel: hoofdstuk 2 | 46 |
| 1.5.3 Vergoedingssystemen naar Nederlands recht: hoofdstukken 3 tot en met 6 | 46 |
| 1.5.4 Vergoedingssystemen naar Engels, Duits en Amerikaans recht: hoofdstukken 7 tot en met 9 | 47 |
| 1.5.5 Vergoeding van psychisch letsel gerangschikt naar oorzaak: hoofdstukken 10 tot en met 16 | 48 |
| 1.6 Terminologie | 48 |
| 2. Geschreven normen en medische en juridische aspecten van psychisch letsel | 51 |
| 2.1 Inleiding en plan van behandeling | 51 |
| 2.2 Vindplaatsen van geschreven verplichtingen naar Nederlands recht | 52 |
| 2.2.1 Arbeidsomstandighedenwet | 52 |
| 2.2.2 Arbeidstijdenwet | 56 |
| 2.2.3 Wetsvoorstel inzake klachtrecht | 58 |
| 2.2.4 CAO's | 59 |
| 2.2.5 Arboconvenanten | 60 |
| 2.2.6 Overige regelingen | 62 |
| 2.3 Vindplaatsen van geschreven verplichtingen naar Engels, Duits en Amerikaans recht | 63 |
| 2.3.1 Engelse wet- en regelgeving | 63 |
| 2.3.2 Duitse wet- en regelgeving | 66 |
| 2.3.3 Amerikaanse wet- en regelgeving | 67 |

INHOUDSOPGAVE

| | | |
|-------|--|-----------|
| 2.4 | Onderzoek en aanbevelingen van de Internationale Arbeidsorganisatie en de Europese Unie | 67 |
| 2.5 | Psychische en psychiatrische ziektebeelden | |
| 2.5.1 | Inleiding | 71 |
| 2.5.2 | Classificatiesystemen en richtlijnen voor vaststellen psychische ziekte | 71 |
| 2.5.3 | ASS en PTSS | 73 |
| 2.5.4 | Depressieve stoornissen en burn-out | 75 |
| 2.5.5 | Aanpassingsstoornissen | 76 |
| 2.5.6 | Angststoornissen | 77 |
| 2.5.7 | Kanttekeningen bij gebruik psychiatrische classificatiesystemen voor juridische doeleinden | 77 |
| 2.6 | Argumenten vóór en tegen het vergoeden van psychisch letsel op gelijke wijze als fysiek letsel | 78 |
| 3. | Grondslagen van foutaansprakelijkheid voor psychisch letsel in het arbeidsrecht – artikel 7:658, 7:611, 6:170 en 6:162 BW | 83 |
| 3.1 | Inleiding en plan van behandeling | 83 |
| 3.2 | Vergoeding van psychisch letsel op grond van artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW | 84 |
| 3.2.1 | Systeem van artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW | 84 |
| 3.2.2 | Vergoeding van psychisch letsel op grond van artikel 7:658 BW en/of artikel 7:611 BW | 87 |
| 3.3 | Zorgplicht van artikel 7:658 BW | 91 |
| 3.3.1 | Algemene aspecten; invulling van de zorgplicht van artikel 7:658 BW | 91 |
| 3.3.2 | Aard van de zorgplicht van artikel 7:658 BW: veiligheidsverplichting | 94 |
| 3.3.3 | Zorgplicht ten aanzien van: psychisch letsel: concreet voorschrift | 95 |
| 3.3.4 | Zorgplicht ten aanzien van psychisch letsel: kenbaar risico op ontstaan letsel | 98 |
| 3.3.5 | Balans | 99 |
| 3.4 | Artikel 7:611 BW als basis voor aansprakelijkheid voor psychisch letsel | 99 |
| 3.5 | Relativiteit | 101 |
| 3.6 | Verdeling van stelplicht en bewijslast bij artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW (zorgplicht en conditio sine qua non verband) | 102 |
| 3.6.1 | Inleiding | 102 |
| 3.6.2 | Schade in de uitoefening van de werkzaamheden en omkeringsregel ten aanzien van de zorgplicht: algemene aspecten | 103 |
| 3.6.3 | Omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband bij artikel 7:658 BW: algemene aspecten | 105 |

| | | |
|--------|---|-----|
| 3.6.4 | Toepassingsvereisten voor omkering bewijslast van het causaal verband | 107 |
| 3.6.5 | Zorgplicht en causaal verband als communicerende vaten | 111 |
| 3.6.6 | Psychische ziekten: schade in de uitoefening van de werkzaamheden en omkering van de bewijslast ten aanzien van de zorgplicht | 112 |
| 3.6.7 | Psychische ziekten en de omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband | 114 |
| 3.6.8 | Tekortkomingen van benadering psychisch letsel langs de weg van de causaliteit | 118 |
| 3.6.9 | Bewijslastverdeling bij artikel 7:611 BW | 119 |
| 3.6.10 | Conclusie ten aanzien van de verdeling van stelplicht en bewijslast bij artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW | 122 |
| 3.7 | Toerekening in de zin van artikel 6:98 BW | 122 |
| 3.7.1 | Algemene aspecten van toerekening en ratio daarvan | 122 |
| 3.7.2 | Toerekening van psychisch letsel in de rechtspraak | 126 |
| 3.7.3 | Toerekening van psychisch letsel in de literatuur | 129 |
| 3.7.4 | Eigen opvatting over toerekening psychisch letsel en psychische predisposities | 131 |
| 3.8 | Eigen schuld | 133 |
| 3.8.1 | Grenzen aan de toerekening: predispositie en privé- oorzaken | 133 |
| 3.8.2 | Benadering via artikel 6:98 BW of via artikel 6:101 BW | 137 |
| 3.8.3 | Eigen schuld en artikel 7:658 BW | 141 |
| 3.8.4 | Conclusie met betrekking tot eigen schuld | 145 |
| 3.9 | Schade | 145 |
| 3.9.1 | Inleiding; soort schade als afbakenend criterium | 145 |
| 3.9.2 | Materiële schade | 146 |
| 3.9.3 | Immateriële schade | 147 |
| 3.9.4 | Omvang schade | 150 |
| 3.9.5 | Schadevergoeding bij artikel 7:611 BW | 151 |
| 3.10 | Vergoeding van psychisch letsel op grond van artikel 6:170 BW | 153 |
| 3.10.1 | Algemene aspecten | 153 |
| 3.10.2 | Aansprakelijkheid op grond van artikel 6:170 BW voor psychisch letsel | 156 |
| 3.11 | Vergoeding van psychisch letsel op grond van artikel 6:162 BW | 157 |
| 3.12 | Verhouding aansprakelijkheidsrecht en ontslagrecht | 159 |
| 3.12.1 | De Baijings-leer in het algemeen | 159 |
| 3.12.2 | De Baijings-leer en psychisch letsel | 162 |
| 3.12.3 | Andere vormen van samenloop | 168 |
| 3.13 | Samenvatting | 169 |

INHOUDSOPGAVE

| | | |
|-----------|--|------------|
| 4. | Grondslagen van foutaansprakelijkheid voor psychisch letsel in het ambtenarenrecht – de norm van artikel 7:658, 6:170 en 6:162 BW | 173 |
| 4.1 | Inleiding en plan van behandeling | 173 |
| 4.2 | Vergoeding van psychisch letsel op grond van de norm van artikel 7:658 BW | 175 |
| 4.2.1 | Vergoedingen bij ziekte van ambtenaren en toegang tot de rechter | 175 |
| 4.2.2 | Toetsing aan de norm van artikel 7:658 BW; algemeen | 178 |
| 4.2.3 | Toepassing van de norm van artikel 7:658 BW op psychisch letsel | 180 |
| 4.2.4 | Invulling zorgplicht overheidswerkgever | 183 |
| 4.3 | Verdeling van stelplicht en bewijslast bij de norm van artikel 7:658 BW | 185 |
| 4.3.1 | Algemene aspecten van de bewijslastverdeling bij de toepassing van de norm van artikel 7:658 BW in het ambtenarenrecht | 185 |
| 4.3.2 | Bewijslastverdeling bij psychisch letsel | 188 |
| 4.4 | Toerekening naar redelijkheid en eigen schuld | 189 |
| 4.5 | Schade | 190 |
| 4.6 | Vergoeding van psychisch letsel op grond van (de norm van) artikel 6:170 BW | 191 |
| 4.7 | Vergoeding van psychisch letsel op grond van artikel 6:162 BW | 193 |
| 4.8 | Processuele verschillen tussen civiele en bestuursrechtelijke procedure | 194 |
| 5. | Vergoeding op no-fault basis van psychische ziekte in het ambtenarenrecht | 199 |
| 5.1 | Inleiding en plan van behandeling | 199 |
| 5.2 | Dienstongeval of beroepsziekte volgens het ARAR | 199 |
| 5.3 | Psychische beroepsziekten en hart- en vaatziekten door stress in de rechtspraak | 201 |
| 5.3.1 | Psychische beroepsziekten | 201 |
| 5.3.2 | Hart- en vaatziekten door stress | 207 |
| 5.3.3 | Bewijslastverdeling | 208 |
| 5.4 | Samenvatting | 209 |
| 6. | Vergoeding wegens psychische ziekte in het ontslagrecht – artikel 7:685 en 7:681 BW, ambtenarenontslagrecht | 211 |
| 6.1 | Inleiding en plan van behandeling | 211 |
| 6.2 | Toekenning van een vergoeding wegens psychische ziekte in de ontbindingsprocedure (artikel 7:685 BW) | 213 |
| 6.2.1 | Algemene aspecten van de ontbindingsprocedure | 213 |
| 6.2.2 | Aard van de ontbindingsvergoeding | 216 |

| | | |
|-------|--|------------|
| 6.2.3 | Ontbinding tijdens en/of wegens ziekte werknemer | 217 |
| 6.2.4 | Toekenning van een vergoeding wegens psychische arbeidsongeschiktheid in de ontbindingsprocedure | 220 |
| 6.2.5 | Toetsen aan verwijtbaarheid en/of risicosfeer in de ontbindingsprocedure en samenhang met aansprakelijkheidsprocedure | 222 |
| 6.3 | Toekenning van een vergoeding wegens psychische ziekte in de procedure inzake kennelijk onredelijk ontslag (artikel 7:681 BW) | 226 |
| 6.3.1 | Algemene aspecten van de kennelijk onredelijk ontslagprocedure | 226 |
| 6.3.2 | Aard van de vergoeding inzake kennelijk onredelijk ontslag | 227 |
| 6.3.3 | Toekenning van een vergoeding wegens psychische arbeidsongeschiktheid in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure | 230 |
| 6.3.4 | Samenloop kennelijk onredelijk ontslagprocedure en aansprakelijkheidsprocedure | 231 |
| 6.4 | Toekenning van een vergoeding wegens psychische ziekte in het ambtenarenontslagrecht | 232 |
| 6.4.1 | Algemene aspecten | 232 |
| 6.4.2 | Toekenning van een vergoeding wegens psychische ziekte in het ambtenarenontslagrecht | 235 |
| 6.5 | Samenvatting | 236 |
| 7. | Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever naar Engels recht – foutaansprakelijkheid, kwalitatieve aansprakelijkheid en ontslagrecht | 237 |
| 7.1 | Inleiding en plan van behandeling | 237 |
| 7.2 | Vergoeding van psychisch letsel op basis van de ongeschreven zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid en gezondheid van werknemers | 239 |
| 7.2.1 | Algemene aspecten | 239 |
| 7.2.2 | Zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel | 242 |
| 7.3 | Vergoeding van psychisch letsel op basis van de wettelijke zorgplicht van de werkgever | 245 |
| 7.3.1 | Algemene aspecten | 245 |
| 7.3.2 | Wettelijke zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel | 247 |
| 7.4 | Causaal verband, toerekening, eigen schuld en schade | 248 |
| 7.4.1 | Causaal verband en toerekening van schade; algemene aspecten | 248 |
| 7.4.2 | Causaal verband en toerekening van schade in geval van psychisch letsel | 249 |
| 7.4.3 | Eigen schuld | 251 |
| 7.4.4 | Schade | 252 |
| 7.5 | Kwalitatieve aansprakelijkheid voor psychisch letsel | 255 |

INHOUDSOPGAVE

| | | |
|-------|--|------------|
| 7.6 | Vergoeding van psychische ziekte op basis van het ontslagrecht | 257 |
| 7.6.1 | Geen civielrechtelijke aansprakelijkheid voor psychisch letsel door ontslag | 257 |
| 7.6.2 | Unfair dismissal: algemene aspecten | 260 |
| 7.6.3 | Vergoeding van psychische ziekte middels de procedure inzake unfair dismissal | 262 |
| 7.7 | Samenvatting | 263 |
| 8. | Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever naar Duits recht – collectieve ongevallenverzekering, foutaansprakelijkheid, kwalitatieve aansprakelijkheid en ontslagrecht | 265 |
| 8.1 | Inleiding en plan van behandeling | 265 |
| 8.2 | Vergoeding van psychisch letsel op grond van de wettelijke ongevallenverzekering (SGB) | 267 |
| 8.2.1 | Algemene aspecten van de ongevallenverzekering | 267 |
| 8.2.2 | Vergoeding van psychisch letsel op grond van de wettelijke ongevallenverzekering | 269 |
| 8.3 | Vergoeding van psychisch letsel op grond van § 618 BGB | 270 |
| 8.3.1 | Vergoeding van letsel op grond van § 618 BGB: algemene aspecten | 270 |
| 8.3.2 | Vergoeding van psychisch letsel op grond van § 618 BGB | 273 |
| 8.4 | Vergoeding van psychisch letsel wegens schending door de werkgever van zijn <i>Fürsorgepflicht</i> en/of het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer | 276 |
| 8.4.1 | Algemene aspecten | 276 |
| 8.4.2 | Vergoeding van psychisch letsel op grond van de <i>Fürsorgepflicht</i> respectievelijk het algemeen persoonlijkheidsrecht | 279 |
| 8.5 | Kwalitatieve aansprakelijkheid voor psychisch letsel | 282 |
| 8.5.1 | Kwalitatieve aansprakelijkheid: algemene aspecten | 282 |
| 8.5.2 | Kwalitatieve aansprakelijkheid voor psychisch letsel | 283 |
| 8.6 | Vergoeding van psychische ziekte in het ontslagrecht | 284 |
| 8.6.1 | Algemene aspecten | 284 |
| 8.6.2 | Vergoeding van psychische ziekte in het ontslagrecht | 286 |
| 8.7 | Samenvatting | 288 |
| 9. | Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever naar Amerikaans recht – <i>workers' compensation</i>, foutaansprakelijkheid, kwalitatieve aansprakelijkheid en ontslagrecht | 291 |
| 9.1 | Inleiding en plan van behandeling | 291 |
| 9.2 | Vergoeding van psychische ziekte op grond van de <i>workers' compensation</i> wetgeving | 293 |
| 9.2.1 | Algemene aspecten | 293 |

| | | |
|--|---|------------|
| 9.2.2 | Vergoeding van psychisch letsel op grond van de <i>workers' compensation</i> regelingen | 295 |
| 9.2.3 | <i>The sudden or traumatic event test</i> | 297 |
| 9.2.4 | <i>The unusual stress test</i> | 298 |
| 9.2.5 | <i>The objective causation test</i> | 300 |
| 9.3 | Vergoeding van psychisch letsel op grond van FELA | 302 |
| 9.3.1 | Algemene aspecten | 302 |
| 9.3.2 | Vergoeding van psychisch letsel op grond van FELA | 303 |
| 9.4 | Vergoeding van psychisch letsel op grond van de <i>tort of intentional infliction of emotional distress</i> (IIED) | 305 |
| 9.5 | Vergoeding van psychisch letsel op grond van <i>Title VII Civil Rights Act</i> | 307 |
| 9.6 | Vergoeding van psychische ziekte in het ontslagrecht | 308 |
| 9.7 | Samenvatting | 310 |
| Deel II Vergoeding van psychisch letsel gerangschikt naar oorzaak | | 313 |
| 10. | Inleiding bij deel II | 315 |
| 11. | Psychisch letsel door het meemaken van een traumatische gebeurtenis op het werk (shockschade) | 319 |
| 11.1 | Inleiding en plan van behandeling hoofdstuk 11 | 319 |
| 11.2 | Cijfers en achtergronden | 320 |
| 11.3 | Psychisch letsel door gevaar voor eigen dood of letsel | 322 |
| 11.3.1 | Uitwerking vraagstelling | 322 |
| 11.3.2 | Vergoeding van shockschade door gevaar voor eigen dood of letsel naar Nederlands recht | 323 |
| 11.3.3 | Vergoeding van shockschade door gevaar voor eigen dood of letsel naar Engels en Amerikaans aansprakelijkheidsrecht | 326 |
| 11.3.4 | Conclusies met betrekking tot de vergoeding van shockschade door gevaar voor eigen dood of letsel | 330 |
| 11.4 | Psychisch letsel door dood of letsel van een ander | 331 |
| 11.4.1 | Uitwerking vraagstelling | 331 |
| 11.4.2 | Afbakening beschermingsbereik geschonden norm bij shockschade door dood of letsel van een ander naar Nederlands recht | 332 |
| 11.4.3 | Afbakening beschermingsbereik geschonden norm bij shockschade door dood of letsel van een ander naar Engels aansprakelijkheidsrecht | 337 |
| | – Rechtspraak | 337 |
| | – Onderscheid <i>primary and secondary victims</i> | 342 |

INHOUDSOPGAVE

| | | |
|------------|---|------------|
| | – Aanvullende vereisten voor aansprakelijkheid voor shockschade <i>secondary victims</i> | 343 |
| | – Aansluiting bij algemene aansprakelijkheidsrecht in plaats van bij werkgeversaansprakelijkheid | 344 |
| 11.4.4 | Afbakening beschermingsbereik geschonden norm bij shockschade door dood of letsel van een ander op grond van de Amerikaanse <i>Federal Employers Liability Act (FELA)</i> | 346 |
| 11.4.5 | Aansluiting bij arbeidsrechtelijke zorgplicht of bij criteria uit algemene aansprakelijkheidsrecht: evaluatie en eigen opvatting | 348 |
| 11.4.6 | Afbakening beschermingsbereik zorgplicht werkgever: evaluatie en eigen opvatting | 352 |
| 11.4.7 | Rechtspraak over de vergoeding van psychisch letsel door dood of verwonding van een ander op no-fault basis | 356 |
| 11.4.8 | Vergoeding van psychisch letsel door dood of verwonding van een ander op no-fault basis: eigen opvatting | 359 |
| 11.5 | Onvrijwillige deelnemers (<i>involuntary participants</i>) | 361 |
| 11.6 | Professionele hulpverleners | 364 |
| 10.6.1 | Uitwerking vraagstelling | 364 |
| 10.6.2 | Vergoeding van shockschade van hulpverleners naar Nederlands, Engels en Amerikaans recht | 365 |
| 10.6.3 | Vergoeding van shockschade van hulpverleners: eigen opvatting | 370 |
| 11.7 | Psychisch letsel door een gebrek aan nazorg | 373 |
| 11.7.1 | Uitwerking vraagstelling | 373 |
| 11.7.2 | Verplichting tot het bieden van nazorg naar Nederlands recht | 374 |
| 11.7.3 | Inhoud van de verplichting tot het bieden van nazorg naar Nederlands recht | 378 |
| 11.7.4 | Aansprakelijkheid voor een gebrek aan nazorg naar buitenlands recht | 383 |
| 11.7.5 | Vergoeding van psychisch letsel door een gebrek aan nazorg: evaluatie en eigen opvatting | 384 |
| | – Bestaan en inhoud verplichting tot bieden nazorg | 384 |
| | – Risicoaansprakelijkheid | 385 |
| | – Toepassing van artikel 7:611 BW en/of 7:658 | 387 |
| 11.8 | Conclusie | 389 |
| 12. | Psychisch letsel door de angst voor een ernstige ziekte (angstschade) | 393 |
| 12.1 | Inleiding en plan van behandeling | 393 |
| 12.2 | Cijfers en achtergronden | 394 |
| 12.3 | Vergoeding van angstschade naar Nederlands recht | 396 |
| 12.4 | Vergoeding van angstschade naar Engels en Amerikaans recht | 402 |

| | | |
|------------|--|------------|
| 12.4.1 | Vergoeding van angstschade naar Engels recht | 402 |
| 12.4.2 | Vergoeding van angstschade naar Amerikaans recht | 403 |
| 12.5 | Voorzienbaarheidsvereiste en het vereiste van de redelijke/ reële angst | 409 |
| 12.5.1 | Voorzienbaarheidsvereiste en het vereiste van physical impact | 409 |
| 12.5.2 | Reële of redelijke angst; algemeen | 411 |
| 12.5.3 | Ernst van de ziekte en kans op het ontstaan ervan | 412 |
| 12.5.4 | Blootstelling als vereiste | 413 |
| 12.6 | Vergoeding van angstschade in een no-fault systeem | 415 |
| 12.7 | Conclusie | 417 |
| 13. | Psychisch letsel als gevolg van overbelasting | 419 |
| 13.1 | Inleiding en plan van behandeling | 419 |
| 13.2 | Cijfers en achtergronden | 422 |
| 13.3 | Criteria voor foutaansprakelijkheid voor psychisch letsel door overbelasting | 425 |
| 13.3.1 | Aanvullende criteria voor aansprakelijkheid: rechtsvergelijkend overzicht | 425 |
| 13.3.2 | Aanvullende criteria voor aansprakelijkheid: eigen opvatting | 427 |
| 13.4 | Zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting: rechtsvergelijkend overzicht | 428 |
| 13.4.1 | Uitwerking vraagstelling | 428 |
| 13.4.2 | Zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting naar Nederlands recht | 429 |
| | – Aansprakelijkheidsrecht | 429 |
| | – Ontslagrecht | 438 |
| | – Ambtenarenrecht | 443 |
| 13.4.3 | Zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting naar Engels recht | 447 |
| 13.4.4 | Zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting naar Duits recht | 456 |
| 13.4.5 | Zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting naar Amerikaans recht | 458 |
| 13.5 | Zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting: evaluatie en eigen opvatting | 463 |
| 13.5.1 | Algemene verplichtingen ter voorkoming van burn-out en procedures voor concretisering daarvan | 463 |
| 13.5.2 | Zorgplicht in een concreet geval: kenbaarheid van het risico | 469 |
| 13.5.3 | Zorgplicht in een concreet geval: te verwachten onoplettendheid van de werknemer | 474 |
| 13.5.4 | Zorgplicht in een concreet geval: verplichting werkgever tot het nemen van maatregelen | 475 |

INHOUDSOPGAVE

| | | |
|------------|---|------------|
| 13.5.5 | Zorgplicht in een concreet geval: aard van de te nemen maatregelen | 478 |
| 13.5.6 | Toepassing van artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW | 484 |
| 13.6 | Vergoeding van psychisch letsel door overbelasting op no-fault basis | 485 |
| 13.6.1 | Rechtsvergelijkend overzicht | 485 |
| 13.6.2 | Vergoeding van psychisch letsel door overbelasting op no-fault basis: evaluatie en eigen opvatting | 488 |
| 13.7 | Conclusie | 491 |
| 14. | Psychisch letsel als gevolg van seksuele intimidatie en/of intimidatie op grond van ras | 493 |
| 14.1 | Inleiding en plan van behandeling | 493 |
| 14.1.1 | Inleiding en definities | 493 |
| 14.1.2 | Plan van behandeling | 497 |
| 14.2 | Cijfers en achtergronden | 497 |
| 14.3 | Benadering van intimidatie wegens sekse en/of ras vanuit het arbeidsomstandighedenrecht en vanuit het gelijke behandelingsrecht | 499 |
| 14.3.1 | Rechtsvergelijkend overzicht (algemene verplichtingen) | 499 |
| 14.3.2 | Arbeidsomstandighedenrecht of gelijke behandelingsrecht: evaluatie en eigen opvatting | 505 |
| 14.4 | Zorgplicht ter voorkoming en bestrijding van (psychisch letsel door) seksuele intimidatie en intimidatie wegens ras: rechtsvergelijkend overzicht | 507 |
| 14.4.1 | Plan van behandeling | 507 |
| 14.4.2 | Zorgplicht werkgever naar Nederlands recht | 508 |
| | – Inleiding | 508 |
| | – Aansprakelijkheidsrecht | 509 |
| | – Ontslagrecht | 516 |
| | – Ambtenarenrecht | 519 |
| | – Conclusie | 521 |
| 14.4.3 | Zorgplicht werkgever naar Engels recht | 522 |
| 14.4.4 | Zorgplicht werkgever naar Duits recht | 524 |
| 14.4.5 | Zorgplicht werkgever naar Amerikaans recht | 525 |
| 14.5 | Zorgplicht ter voorkoming en bestrijding van (psychisch letsel door) seksuele intimidatie en intimidatie wegens ras: evaluatie en eigen opvatting | 527 |
| 14.5.1 | Grondrechtelijke benadering en benadering vanuit letselschade | 527 |
| 14.5.2 | Invulling van de zorgplicht van de werkgever in het concrete geval | 528 |
| 14.5.3 | Toepassing van artikel 7:658 BW | 531 |
| 14.6 | Kwalitatieve aansprakelijkheid voor (psychisch letsel als gevolg van) seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras | 532 |
| 14.6.1 | Plan van behandeling | 532 |

INHOUDSOPGAVE

| | | |
|------------|---|------------|
| 14.6.2 | Kwalitatieve aansprakelijkheid voor intimidatie wegens sekse en/of ras naar Nederlands recht | 532 |
| 14.6.3 | Kwalitatieve aansprakelijkheid voor intimidatie wegens sekse en/of ras naar Engels recht | 534 |
| 14.6.4 | Kwalitatieve aansprakelijkheid voor intimidatie wegens sekse en/of ras naar Duits recht | 537 |
| 14.6.5 | Kwalitatieve aansprakelijkheid voor intimidatie wegens sekse en/of ras naar Amerikaans recht | 538 |
| 14.6.6 | Kwalitatieve aansprakelijkheid voor intimidatie wegens sekse en/of ras: evaluatie en eigen opvatting | 540 |
| 14.7 | Vergoeding van psychisch letsel door seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras op no-fault basis | 544 |
| 14.7.1 | Plan van behandeling | 544 |
| 14.7.2 | Vergoeding van psychisch letsel door seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras op no-fault basis naar Nederlands recht | 545 |
| 14.7.3 | Vergoeding van psychisch letsel door seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras op no-fault basis naar Duits recht | 546 |
| 14.7.4 | Vergoeding van psychisch letsel door seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras op no-fault basis naar Amerikaans recht | 546 |
| 14.7.5 | Vergoeding van psychisch letsel door seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras op no-fault basis; evaluatie en eigen opvatting | 550 |
| | – Exclusieve werking no-fault systeem onwenselijk | 550 |
| | – Toetsing binnen een no-fault systeem | 551 |
| 14.8 | Smartengeld bij seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras | 552 |
| 14.9 | Conclusie | 557 |
| 15. | Psychisch letsel als gevolg van pesten | 559 |
| 15.1 | Inleiding en plan van behandeling | 559 |
| 15.1.1 | Inleiding en definities | 559 |
| 15.1.2 | Plan van behandeling | 561 |
| 15.2 | Cijfers en achtergronden | 562 |
| 15.3 | Zorgplicht ter voorkoming en bestrijding van (psychisch letsel door) pesten: rechtsvergelijkend overzicht | 564 |
| 15.3.1 | Plan van behandeling | 564 |
| 15.3.2 | Zorgplicht werkgever naar Nederlands recht: algemene verplichtingen | 564 |
| 15.3.3 | Zorgplicht werkgever naar Nederlands recht: pesten door de werkgever zelf | 566 |
| 15.3.4 | Zorgplicht werkgever naar Nederlands recht: pesten door collega's en/of leidinggevenden | 570 |

INHOUDSOPGAVE

| | | |
|------------|--|------------|
| 15.3.5 | Zorgplicht werkgever naar Engels recht | 574 |
| 15.3.6 | Zorgplicht werkgever naar Duits recht: algemene verplichtingen | 578 |
| 15.3.7 | Zorgplicht werkgever naar Duits recht: verplichtingen in het concrete geval | 579 |
| 15.3.8 | Zorgplicht werkgever naar Amerikaans recht | 583 |
| 15.4 | Zorgplicht ter voorkoming en bestrijding van (psychisch letsel door) pesten: evaluatie en eigen opvatting | 586 |
| 15.4.1 | Algemene verplichtingen werkgever en benadering vanuit grondrechten en vanuit letselschade | 586 |
| 15.4.2 | Invulling van de zorgplicht van de werkgever in het concrete geval | 589 |
| 15.4.3 | Toepassing van artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW | 591 |
| 15.5 | Kwalitatieve aansprakelijkheid voor (psychisch letsel als gevolg van) pesten | 593 |
| 15.5.1 | Uitwerking vraagstelling | 593 |
| 15.5.2 | Kwalitatieve aansprakelijkheid voor pesten naar Nederlands recht | 593 |
| 15.5.3 | Kwalitatieve aansprakelijkheid voor pesten naar Engels, Duits en Amerikaans recht | 594 |
| 15.5.4 | Kwalitatieve aansprakelijkheid voor pesten: evaluatie en eigen opvatting | 596 |
| 15.6 | Vergoeding van psychisch letsel door pesten op no-fault basis | 597 |
| 15.6.1 | Voor- en nadelen van vergoeding van psychische ziekte door pesten op no-fault basis | 597 |
| 15.6.2 | Wijze van toetsing binnen een no-fault systeem | 598 |
| 15.7 | Smartengeld bij pesten | 601 |
| 15.8 | Conclusie | 602 |
| 16. | Psychisch letsel als gevolg van personeelsbeslissingen | 605 |
| 16.1 | Inleiding en plan van behandeling | 605 |
| 16.2 | Verplichtingen ter voorkoming van psychische ziekte door personeelsbeslissingen (normen voor een zorgvuldige personeelsbeslissing): rechtsvergelijkend overzicht | 608 |
| 16.2.1 | Plan van behandeling | 608 |
| 16.2.2 | Normen voor een zorgvuldige personeelsbeslissing naar Nederlands recht | 608 |
| | – Schending informatieplicht | 609 |
| | – Onjuiste beschuldiging | 611 |
| | – Ontslag en reorganisatie | 615 |
| | – Degradatie | 617 |
| | – Kritiek op het functioneren | 618 |
| | – Gelijke behandeling | 620 |
| | – Reïntegratie | 621 |

| | | |
|--------|--|------------|
| | – Aanbieden passende functie/doorgroeimogelijkheden | 622 |
| | – Oplossen problemen | 624 |
| | – Reageren op klachten van werknemers | 625 |
| | – Overige normen | 626 |
| | – Literatuur | 627 |
| 16.2.3 | Normen voor een zorgvuldige personeelsbeslissing naar Engels recht | 628 |
| 16.2.4 | Normen voor een zorgvuldige personeelsbeslissing naar Duits recht | 635 |
| 16.2.5 | Normen voor een zorgvuldige personeelsbeslissing naar Amerikaans recht | 636 |
| 16.3 | Verplichtingen ter voorkoming van psychische ziekte door personeelsbeslissingen (normen voor een zorgvuldige personeelsbeslissing): evaluatie en eigen opvatting | 639 |
| 16.3.1 | Algemene verplichtingen; voorzienbaarheidsvereiste | 639 |
| 16.3.2 | Concrete invulling zorgvuldigheidsverplichting | 641 |
| 16.3.3 | Volle of marginale toets | 643 |
| 16.3.4 | Artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW | 645 |
| 16.4 | Toerekening van schade bij onzorgvuldige personeelsbeslissingen | 645 |
| 16.4.1 | Toerekening naar Nederlands en Engels recht | 645 |
| 16.4.2 | Toerekening van schade bij onzorgvuldige personeelsbeslissingen: evaluatie en eigen opvatting | 649 |
| 16.5 | Vergoeding van immateriële schade als gevolg van onzorgvuldige personeelsbeslissingen | 650 |
| 16.5.1 | Rechtsvergelijkend overzicht | 650 |
| 16.5.2 | Vergoeding van immateriële schade als gevolg van onzorgvuldige personeelsbeslissingen: evaluatie en eigen opvatting | 654 |
| 16.6 | Vergoeding van psychisch letsel door onzorgvuldige personeelsbeslissingen op no-fault basis | 655 |
| 16.6.1 | Vergoeding op no-fault basis in het ambtenarenrecht en het <i>workers' compensation</i> recht | 655 |
| 16.6.2 | Vergoeding op no-fault basis in het ontslagrecht | 658 |
| 16.7 | Conclusie | 659 |
| 17. | Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever: evaluatie en conclusies | 661 |
| 17.1 | Inleiding en indeling | 661 |
| 17.2 | Vergoeding psychisch letsel op no-fault basis | 661 |
| 17.2.1 | Toetsing aan foutaansprakelijkheid binnen een no-fault systeem | 661 |
| 17.2.2 | Uitsluiten van psychische ziekten van vergoeding binnen een no-fault systeem | 665 |
| 17.3 | Vergoeding psychisch letsel op basis van foutaansprakelijkheid | 668 |

INHOUDSOPGAVE

| | | |
|--------|--|------------|
| 17.3.1 | Bestaan fysieke component geen voorwaarde voor aansprakelijkheid voor psychisch letsel | 668 |
| 17.3.2 | Schending van een verplichting ter voorkoming van, primair, fysiek letsel, en schending van een verplichting ter voorkoming van, primair, psychisch letsel | 669 |
| 17.3.3 | Benadering vanuit letselschade en grondrechtelijke benadering | 670 |
| 17.3.4 | Opzet en nalaten | 672 |
| 17.3.5 | Grondslag voor foutaansprakelijkheid: artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW | 673 |
| 17.3.6 | Overige vereisten voor foutaansprakelijkheid (naast schending zorgplicht): causaal verband, toerekening van schade en eigen schuld | 677 |
| 17.3.7 | Relativiteit en het criterium van de redelijke en reële angst | 680 |
| 17.3.8 | Materiële en immateriële schade | 681 |
| 17.3.9 | Omvang van het smartengeld | 684 |
| 17.4 | Vergoeding van psychisch letsel op basis van kwalitatieve aansprakelijkheid | 686 |
| 17.5 | Vergoeding van psychische ziekte via het ontslagrecht | 688 |
| 17.5.1 | Mogelijkheden voor toekenning in een ontslagprocedure van een vergoeding wegens psychische ziekte als gevolg van het werk of als gevolg van het ontslag zelf | 688 |
| 17.5.2 | Samenloop | 690 |
| 17.6 | Conclusies ten aanzien van het vergoeden van psychisch letsel op gelijke wijze als fysiek letsel | 692 |
| | Summary | 697 |
| | Literatuur | |
| | Juridische literatuur | 717 |
| | Overige literatuur | 731 |
| | Registers | |
| | Jurisprudentieregister | 737 |
| | Trefwoordenregister | 751 |

LIJST VAN AFKORTINGEN

A

| | |
|---------|--|
| A. | Atlantic Reporter (US) |
| aant. | Aantekening |
| AB | Administratiefrechtelijke beslissingen |
| ABP | Algemeen burgerlijk pensioenfonds |
| A.C. | Appeal Cases (UK) |
| A.D. | New York Appellate Division Reports (US) |
| ADO | Adviescommissie Duaal Ontslagrecht |
| AG | Arbeitsgericht |
| AG | advocaat-generaal |
| AIDS | Acquired Immune Deficiency Syndrome |
| All ER | All England Law Reports (UK) |
| AMAR | Algemeen Militair Ambtenarenreglement |
| AP | Arbeitsrechtliche Praxis |
| ArA | Arbeitsrechtelijke Annotaties |
| ARAR | Algemeen Rijksambtenarenreglement |
| Arbowet | Arbeidsomstandighedenwet |
| art. | artikel |
| ASS | acute stress stoornis |
| A&V | Aansprakelijkheid en Verzekering |
| AV&S | Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade |
| Awb | Algemene wet bestuursrecht |
| AWGB | Algemene wet gelijke behandeling |

B

| | |
|--------|---|
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BARP | Besluit algemene rechtspositie politie |
| BAT | Bundes-Angestelltentarif |
| BB | Betriebs-Berater |
| BBA | Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen |
| BSG | Bundessozialgericht |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BW | Burgerlijk Wetboek |

C

| | |
|---------|---------------------------------|
| Can. BR | Canadian Bar Review |
| CAO | Collectieve arbeidsovereenkomst |

LIJST VAN AFKORTINGEN

| | |
|-------------|---|
| Call. App. | California Appellate Reports (US) |
| Call. Rptr. | West's California Reporter (US) |
| CBS | Centraal Bureau voor de Statistiek |
| C-factor | correctiefactor |
| CFS | Chronic fatigue syndrome |
| CISD | Critical Incident Stress Debriefing |
| CLR | Commonwealth Law Reports (Austr.) |
| CRvB | Centrale Raad van Beroep |
| CWI (de) | de functionaris juridische zaken van het Centrum voor werk en inkomen |
| CWI (het) | Centrum voor werk en inkomen |

D

| | |
|-------|---|
| DB | Der Betrieb |
| diss. | dissertatie |
| DSM | Diagnostic and Statistic Manual of Mental Disorders van de American Psychiatric Association |

E

| | |
|------------|--|
| EAT | Employment Appeal Tribunal (UK) |
| Ed. | Eastern District (US) |
| ed. | edition |
| EEG | Europese Economische Gemeenschap |
| EGB | Extra Garantieregeling Beroepsrisico's |
| EG | Europese Gemeenschap |
| EHBO | Eerste hulp bij ongelukken |
| EK | Eerste Kamer |
| EU | Europese Unie |
| EWCA (Civ) | England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions |

F

| | |
|---------|--------------------------------------|
| F. | Federal Reporter (US) |
| FELA | Federal Employers Liability Act (US) |
| FNV | Federatie Nederlandse Vakbeweging |
| F.Supp. | Federal Supplement (US) |

G

| | |
|-----|-------------------------------|
| GPV | Gereformeerd Politiek Verbond |
|-----|-------------------------------|

H

| | |
|------|---|
| HIV | Humaan Immunodeficiëntievirus |
| HR | Hoge Raad |
| HSE | Health and Safety Executive (UK) |
| HSWA | Health and Safety at Work Act 1974 (UK) |

LIJST VAN AFKORTINGEN

I

| | |
|--------|--|
| IAO | Internationale Arbeidsorganisatie |
| ICD | International Classification of Diseases and Related Health Problems van de Wereldgezondheidsorganisatie |
| ICR | Industrial Cases Reports (UK) |
| i.h.b. | in het bijzonder |
| IIED | intentional infliction of emotional distress |
| ILJ | Industrial Law Journal (UK) |
| Ill. | Illinois Reports (US) |
| ILO | International Labour Organization |
| Inv.W. | Invoeringswet |
| IRLR | Industrial Relations Law Reports (UK) |

J

| | |
|-----|----------------------------------|
| JA | Jurisprudentie Aansprakelijkheid |
| JAR | Jurisprudentie Arbeidsrecht |
| JB | Jurisprudentie Bestuursrecht |

K

| | |
|----------|-------------------------|
| KG | Kort Geding |
| KNO-arts | Keel-, neus- en oorarts |
| KSchG | Kündigungsschutzgesetz |
| Ktr | Kantonrechter |

L

| | |
|--------------|---|
| LAG | Landesarbeitsgericht |
| LJN | Landelijk jurisprudentienummer (rechtspraak.nl) |
| Lloyd's Rep. | Lloyd's List Reports (UK) |
| LSA | Vereniging van Letselschade Advocaten |
| LSG | Landessozialgericht |

M

| | |
|-------------|--|
| MAC-waarden | Maximaal aanvaarde concentratie-waarden |
| Mass. | Massachusetts Reports (US) |
| ME | Myalgic Encephalomyelitis |
| MHSW | Management of Health and Safety at Work Regulations (UK) |
| Mich. | Michigan Supreme Court Reports (US) |
| Mich. App. | Michigan Appeals Reports (US) |
| Minn. | Minnesota Supreme Court Reports (US) |
| MLR | Modern Law Review (UK) |
| m.nt. | met noot |
| MvT | Memorie van Toelichting |

LIJST VAN AFKORTINGEN

N

| | |
|--------|---|
| NbBW | Nieuwsbrief BW |
| NCvB | Nederlands Centrum voor Beroepsziekten |
| N.E. | North Eastern Reporter (US) |
| NIOSH | National Institute for Occupational Safety and Health (US) |
| NJ | Nederlandse Jurisprudentie |
| N.J. | New Jersey Reports (US) |
| NJB | Nederlands Juristenblad |
| NJV | Nederlandse Juristen Vereniging |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NLJ | New Law Journal (UK) |
| NS | Nederlandse Spoorwegen |
| NSWCA | New South Wales Court of Appeal (Austr.) |
| NTBR | Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht |
| NVAB | Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde |
| N.W. | North Western Reporter (US) |
| N.Y. | New York Reports (US) |
| N.Y.S. | New York Supplement (US) |
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| NZA-RR | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechung |

O

| | |
|----------|---|
| OPS | Organisch Psychosyndroom |
| OR | Ondernemingsraad |
| Or. App. | Oregon Appeals Reports (US) |
| OSHA | Europees agentschap voor veiligheid en gezondheid op het werk |
| OSHA | Occupational Safety and Health Administration (US) |
| OSH-Act | Occupational Safety and Health Act (US) |

P

| | |
|--------|---|
| P. | Pacific Reporter (US) |
| PbEG | Publicatieblad Europese Gemeenschap |
| PbEG L | Publicatieblad Europese Gemeenschap - legislation |
| PG | Parlementaire Geschiedenis |
| Prg | Praktijkgids |
| PTSD | posttraumatic stress disorder |
| PTSS | posttraumatische stress stoornis |
| PvdA | Partij van de Arbeid |
| Pvt | Personeelsvertegenwoordiging |

Q

| | |
|----|---|
| QB | Queen's Bench Division/Queen's Bench Reports (UK) |
|----|---|

LIJST VAN AFKORTINGEN

R

| | |
|-----------|---|
| Rb | Rechtbank |
| RIAGG | Regionale instelling voor ambulante geestelijke gezondheidszorg |
| RI&E | risico-inventarisatie en evaluatie |
| RPF | Reformatorische Politieke Federatie |
| RM Themis | Rechtsgeleerd Magazijn Themis |
| RN | Rechtspraak Nemesis |
| RRA | Race Relations Act 1976 (UK) |
| RSI | Repetitive Strain Injury |
| RvdW | Rechtspraak van de Week |

S

| | |
|---------|---|
| SARS | Severe Acute Respiratory Syndrome |
| Scot CS | Scottish Court of Session (UK) |
| S.ct. | Supreme Court Reporter (US) |
| SDA | Sex Discrimination Act 1975 (UK) |
| S.E. | South Eastern Reporter (US) |
| SER | Sociaal-Economische Raad |
| SGB | Sozial Gesetzbuch |
| SMA | Sociaal Maandblad Arbeid |
| So. | Southern Reporter (US) |
| SozR | Sozialrecht (Rechtsprechung und Schrifttum, bearbeitet von den Richtern des Bundessozialgerichts) |
| SP | Socialistische Partij |
| STAR | Stichting van de Arbeid |
| Stb | Staatsblad |
| S.W. | South Western Reporter (US) |
| SZW | Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Ministerie) |

T

| | |
|--------------|---|
| TANS | Trauma Associated Narcissistic Symptoms |
| TAR | Tijdschrift voor Ambtenarenrecht |
| TBV | Tijdschrift voor bedrijfs- en verzekeringsgeneeskunde |
| T&C | Tekst & Commentaar |
| Tex. | Texas Supreme Court Reports (US) |
| TK | Tweede Kamer |
| tort of IIED | tort of the intentional infliction of emotional distress |
| TvG | Tijdschrift voor Gezondheidsrecht |
| TVP | Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade |
| TVVS | Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen |

U

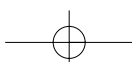
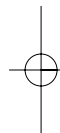
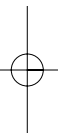
| | |
|-------|---|
| UvA | Universiteit van Amsterdam |
| UKEAT | United Kingdom Employment Appeal Tribunal Decisions |

LIJST VAN AFKORTINGEN

| | |
|----------|--|
| UKHL | United Kingdom House of Lords Decisions |
| US | United States of America |
| U.S. | United States Supreme Court Reports |
| V | |
| VersR | Versicherungsrecht |
| vol. | volume |
| VS | Verenigde Staten van Amerika |
| VU | Vrije Universiteit |
| W | |
| WAO | Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering |
| WGB | Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen |
| WIA | Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen |
| Wis. | Wisconsin Reports (US) |
| WLR | Weekly Law Reports (UK) |
| WPNR | Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie |
| WVW | Wegenverkeerswet |
| WW | Werkloosheidswet |
| Z | |
| ZfA | Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| ZIG | Zelfhulpteam Ingrijpende Gebeurtenissen |
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik |

DEEL I

GRONDSLAGEN VOOR DE VERGOEDING VAN PSYCHISCH LETSEL



1. Inleiding

1.1 Aanleiding van het onderzoek en onderzoeksvragen

1.1.1 Toenemend aantal psychisch zieke werknemers

Onderwerp van dit boek is de vraag onder welke omstandigheden een werknemer die psychisch ziek is geworden door zijn werk hiervoor een vergoeding kan verkrijgen en al dan niet moet kunnen verkrijgen van zijn werkgever. Dit kan een schadevergoeding zijn gebaseerd op foutaansprakelijkheid¹ van de werkgever, een ontslagvergoeding of een vergoeding krachtens een verplichte verzekering. De vraag naar de vergoedbaarheid van psychisch letsel of psychische ziekte² is actueel geworden doordat in de laatste jaren het aantal werknemers dat op psychische gronden arbeidsongeschikt is geworden door in het werk gelegen factoren sterk is toegenomen. Sinds enkele jaren wordt omstreeks één derde van alle nieuwe WAO-uitkeringen verstrekt aan werknemers die wegens psychische redenen arbeidsongeschikt zijn.³ Geschat wordt dat 44% van deze ziekten werkgerelateerd zijn.⁴ De meeste van deze klachten hebben betrekking op overspannenheid, subklinische depressie en burn-out. Een minderheid van de klachten, namelijk omstreeks 7%, wordt veroorzaakt door evident psychiatrische aandoeningen als een posttraumatische stress stoornis, schizofrenie en klinische depressie.⁵ Ook binnen de rest van de Europese Unie raakt een substantieel aantal werknemers arbeidsongeschikt als gevolg van werkgerelateerde psychische ziekten. Uit onderzoek uit 2000 kwam naar voren dat 28% van de Europese werknemers last had van stressgerelateerde gezondheidsproblemen. In totaal gaat het dan om

-
- 1 Onder foutaansprakelijkheid wordt in dit boek verstaan aansprakelijkheid van de werkgever voor tekortschieten in zijn verplichtingen. Hiervoor zal ook wel de term 'schuldaansprakelijkheid' worden gebruikt. Naast de term 'foutaansprakelijkheid' wordt de uitdrukking 'vergoeding op no-fault basis' gebruikt. Daarbij is tekortschieten door de werkgever in beginsel geen vereiste voor het recht op (schade)vergoeding.
 - 2 Op de te gebruiken terminologie kom ik hierna nog terug in § 1.6.
 - 3 In 2000: 34,6%, in 2001: 35,6%, in 2002: 34,5% en in 2003 ruim 34%. Zie de *Arbobalans* 2002, *Arbobalans* 2003 en *Arbobalans* 2004, Den Haag, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2002 en 2003, respectievelijk p. 37-38, p. 39 en p. 23.
 - 4 *Arbobalans* 2002, p. 37, *Arbobalans* 2003, p. 39, *Arbobalans* 2004, p. 23.
 - 5 Vgl. I. Houtman, W. Schaufeli, T. Taris (red.), *Psychische vermoeidheid en werk: Cijfers, trends en analyses*, NWO/Samsom 2000 (Project 'Psychische Vermoeidheid in de Arbeidssituatie'), p. 22-23.

HOOFDSTUK 1

bijna 41 miljoen werknemers in de Europese Unie.⁶ In onderzoek naar de situatie in Engeland wordt een percentage van 20% van het totaal aantal respondenten genoemd, hetgeen neerkomt op circa 5 miljoen werknemers, dat aangaf dat hun werk “very” of “extremely stressful” was.⁷ In de Verenigde Staten doet zich hetzelfde verschijnsel voor. Uit onderzoek van het Amerikaanse *Families and Work Institute* van begin 2005 blijkt dat één op de drie Amerikanen chronisch overwerkt is.⁸ Eerder al, in de jaren '90 van de vorige eeuw, liet de *American Psychological Association* weten dat *stress-related injuries* tot de meest voorkomende beroepsziekten in de 21^e eeuw zullen behoren.⁹

1.1.2 Verklaringen voor deze toename

Deze toch wel alarmerende cijfers hebben geleid tot een toename van het aantal onderzoeken, vooral vanuit een sociologische, psychologische en/of economische invalshoek, naar de omvang van werkgerelateerd psychisch letsel, de oorzaken ervan en de mogelijkheden tot preventie.¹⁰ Vanuit deze disciplines worden verschillende verklaringen geopperd voor de toename van het aantal psychisch arbeidsongeschikte werknemers. Veel gehoorde verklaringen zijn:

- 6 Europees Agentschap voor veiligheid en gezondheid op het werk, *Arbeidsgebonden stress, samenvatting van een rapport van het Europees Agentschap voor de veiligheid en de gezondheid op het werk*, juni 2000, p. 1. Zie <http://agency.osha.eu.int/publications/factsheets/8/nl/index.htm>, 13 augustus 2004. Het betreft hier de Europese lidstaten die al lid waren vóór 2004.
- 7 Department of Experimental Psychology and the Department of Social Medicine for the Health and Safety Executive (HSE), “The scale of occupational stress. The Bristoll Stress and Health at Work Study”, p. 1, http://www.hse.gov.uk/research/crr_pdf/2000/crr00265.pdf, 28 november 2004.
- 8 “Werk nekt Amerikanen”, NRC 21 maart 2005, p. 11.
- 9 Zie hierover D.C. Dilworth, “Psychologists seek ways to reduce workplace stress”, *Trial*, januari 1991, p. 14.
- 10 Er zijn zodanig veel onderzoeken gedaan dat het niet mogelijk is hiervan een enigszins adequate opsomming te geven. In deel II van dit boek wordt meer achtergrondinformatie verstrekt over bepaalde oorzaken van psychische ziekten. Verder kan de geïnteresseerde lezer met name op internet veel informatie vinden. Relevante bronnen zijn onder meer <http://www.arbo.nl/>, de Nederlandse portal site van het Europese agentschap voor veiligheid en gezondheid op het werk, en http://www.arbeid.tno.nl/homepage_nl.html met informatie over verschillende onderzoeken en publicaties, beiden laatstelijk door mij bezocht in maart 2005. Op 31 januari 2005 is voorts de site <http://www.psychischenwerk.nl/pw/gelanceerd>, waarop informatie is te vinden die afkomstig is uit het NWO onderzoeksprogramma Psychische Vermoeidheid in de Arbeidssituatie (PvA).

- De toegenomen werkdruk: volgens cijfers van het CBS is het werktempo in Nederland in de afgelopen 20 jaar met gemiddeld 1,5% per jaar toegenomen.¹¹ Sinds 1998 is het aantal werknemers dat aangeeft onder een hoge tijdsdruk te moeten werken min of meer stabiel, namelijk rond de 33%. Het aantal werknemers dat aangeeft in een hoog tempo te moeten werken, ligt vanaf dat jaar iets boven de 40%.¹² Nog steeds is dat ruim 10% boven het Europese gemiddelde.¹³ In de Europese Unie als geheel rapporteerde in 1996 meer dan de helft van de 147 miljoen werknemers dat zij een hoge werkdruk hadden en moesten voldoen aan strikte deadlines. Meer dan 1/3^e had geen invloed op de werkvolgorde en meer dan 1/4^e kon het werkritme niet beïnvloeden.¹⁴
- Het feit dat in de huidige tijd veel meer met informatie wordt gewerkt en met informatie en communicatie technologie (ICT), hetgeen met name psychisch belastend is, terwijl in vroegere tijden werk vooral fysiek belastend was.¹⁵
- Het feit dat er veel beroepen zijn gekomen waarin met andere mensen – cliënten, patiënten, bezoekers, uitkeringsgerechtigden etc. – moet worden samengewerkt, hetgeen spanningen meebrengt. In dit verband wordt ook wel gewezen op de groei van de dienstensector, voor welke sector kenmerkend is dat contact met klanten het hoofdbestanddeel van het werk vormt.¹⁶
- Globalisering en verheviging van de concurrentie tussen ondernemingen waardoor werkgevers zich gedwongen zien zo goedkoop mogelijk en in zo kort mogelijke tijd te produceren met gevolgen voor de hoogte van de werkdruk.¹⁷

-
- 11 Houtman, Schaufeli, Taris, 2000, p. 19. Nederland was in die tijd, in het bijzonder tussen 1990 en 1995, koploper werkdruk in de Europese Unie. Zie CBS, "Werkdruk stabiliseert", *Index no. 9*, november 2001 (door Ferdy Otten en Irene Houtman, TNO-Arbeid Hoofddorp).
- 12 CBS, "Trends in arbeidsomstandigheden", *Sociaal-economische maandstatistiek 2003/7*, Den Haag 2003, p. 25. Zie ook de *Arbobalans 2002*, Den Haag, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, figuur 19 en de *Arbobalans 2004*, p. 7, waar een werkdruk van 31% wordt genoemd, en p. 19.
- 13 CBS, "Werkdruk stabiliseert", *Index no. 9*, november 2001 (door Ferdy Otten en Irene Houtman, TNO-Arbeid Hoofddorp).
- 14 Houtman, Schaufeli, Taris, 2000, p. 30-31.
- 15 Zie onder meer het rapport *Arbeidsgebonden stress* van het Europees Agentschap voor veiligheid en gezondheid op het werk, p. 2 van de samenvatting, genoemd in noot 6.
- 16 Zie het rapport van Europees Agentschap (noot 6). Zie ook Vincent Vrooland, *De stress te lijf*, Stichting FNV Pers, Amsterdam 1998, p. 34 en 35.
- 17 Zie het rapport van Europees Agentschap (noot 6). Zie ook Vincent Vrooland, *De stress te lijf*, Stichting FNV Pers, Amsterdam 1998, p. 34 en 35.

HOOFDSTUK 1

- Toename van de inzet van flexibel personeel met als gevolg verhoging van de werkdruk van het vaste personeel.¹⁸
- Diversificatie van het personeelsbestand waardoor gemakkelijker fricties onderling kunnen ontstaan.¹⁹
- Snelle technologische en organisatorische veranderingen in bedrijven die spanningen bij het personeel teweeg brengen en gevolgen hebben voor de werkdruk.²⁰
- Flexibilisering van arbeidstijden met stress als consequentie.²¹
- Toegenomen medische kennis over het ontstaan, de oorzaak en de wijze van behandeling van psychische en psychiatrische klachten, waardoor, onder meer, psychische klachten beter verifieerbaar worden.²² In het kielzog hiervan is ook de populair-wetenschappelijke belangstelling voor psychische ziekte door het werk sterk gegroeid.²³

Met deze opsomming is geen volledigheid beoogd, maar is beoogd om een beeld te geven van veranderingen op de werkvloer en in de maatschappij waarvan wordt aangenomen dat zij bijdragen aan de toename van het aantal werknemers dat op psychische gronden arbeidsongeschikt wordt. Uiteraard zijn ook combinaties van de hier genoemde verklaringen mogelijk. Daarnaast zullen in veel gevallen meer individuele factoren een rol spelen.

1.1.3 Inperking WAO

De toename van het aantal psychisch arbeidsongeschikte werknemers en de toenemende maatschappelijke en medische kennis over psychische arbeidsongeschiktheid heeft inmiddels zijn sporen getrokken in het juridische domein. Steeds

-
- 18 David C. Yamada, "The Phenomenon of "Workplace Bullying" and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection", 88 *Georgetown Law Journal* 475 (2000). Zie voorts het rapport van het Europees Agentschap, (noot 5).
 - 19 Stichting van de Arbeid, *Agenda 2002*, 9 december 1997, § 8.
 - 20 Stichting van de Arbeid, *Agenda 2002*, 9 december 1997, § 8. Zie ook het Signaleringsrapport Beroepsziekten 2004 van het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB), Amsterdam 2004, hoofdstuk 4 en p. 105. Het NCvB spreekt in dit opzicht van 'reorganisatiestress'.
 - 21 Memorie van toelichting bij initiatief wetsvoorstel ter verruiming van zeggenschap van werknemers over arbeidstijden, TK 1999-2000, 27 224, nr. 3, p. 1.
 - 22 Een handzaam overzicht van de stand van zaken op medisch gebied is te vinden in het boek van Des A. Butler, *Employer Liability for Workplace Trauma*, Aldershot, Hants, England, 2002, p. 6-47.
 - 23 Zie de nog steeds groeiende hoeveelheid literatuur, websites etc. over dit onderwerp. Een overzicht van informatie over stress op internet, met verdere doorverwijzingen, kan gevonden worden op <http://stress.pagina.nl/>, 13 augustus 2004.

vaker worden werkgevers namelijk door hun werknemers aansprakelijk gesteld voor de gevolgen van psychische arbeidsongeschiktheid of wordt hiervoor een vergoeding gevraagd in een ontslagprocedure. De oorzaak hiervan ligt vermoedelijk niet alleen in de in de vorige paragraaf genoemde factoren, maar ook in het feit dat het sociale zekerheidstelsel, in elk geval in Nederland, steeds verder afkalft. Enkele decennia terug kon een werknemer die arbeidsongeschikt was geworden door zijn werkzaamheden zonder al te veel moeilijkheden aanspraak maken op een WAO-uitkering van in beginsel onbeperkte duur, althans zolang hij arbeidsongeschikt bleef, ter hoogte van 80% van zijn inkomen.²⁴ Omdat het aantal WAO-ers mede hierdoor sterk opliep, is in 1985 de hoogte van de uitkering verlaagd naar 70% en is in 1987 bepaald dat het werkloosheidsrisico niet langer in de WW verdisconteerd werd, dus dat bij de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid geen rekening meer werd gehouden met het hogere risico op werkloosheid dat gedeeltelijk arbeidsongeschikten als gevolg van hun arbeidsongeschiktheid lopen. In 1993 is de hoogte van de WAO-uitkering beperkt in die zin dat, afhankelijk van de leeftijd van de betrokken werknemer, slechts gedurende een bepaalde periode een uitkering van 70% van het loon wordt toegekend, en vervolgens, gedurende de resterende duur van de arbeidsongeschiktheid, een lagere vervolguitkering. Daarnaast is in de loop der tijd het aantal herkeuringen toegenomen en is meer dan voorheen de nadruk komen te liggen op een strenge keuring door de sociaal verzekeringsgeneeskundigen.²⁵

Thans is de regering voornemens om vanaf 1 januari 2006 de WAO in die zin aan te passen dat alleen nog werknemers die duurzaam en volledig arbeidsongeschikt zijn in aanmerking komen voor een WAO-uitkering. Hiertoe is op 15 maart 2005 het wetsvoorstel tot invoering van de WIA, de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, bij de Tweede Kamer ingediend.²⁶ De WIA zal de WAO vervangen. Op grond van de WIA kunnen arbeidsongeschikte werknemers bij wie herstel is uitgesloten, en werknemers die een geringe kans op herstel op de lange termijn hebben,²⁷ aanspraak maken op een uitkering van 70% van het laatstgeno-

24 Zie over de eerste periode van de WAO, van 1967 tot 1980: B. Barentsen, *Arbeitsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie* (diss. Leiden), 2003, p. 188-201.

25 Zie B. Barentsen, diss. 2003, p. 201-214.

26 TK 2004-2005, 30034, nr. 2 (Voorstel van wet) en nr. 3 (Memorie van toelichting). In de Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is een uitgebreide weergave te vinden van de voorgeschiedenis van het wetsvoorstel.

27 Aanvankelijk wilde de regering de nieuwe WAO alleen openstellen voor zieke werknemers bij wie herstel is uitgesloten, maar onder druk van de vakbonden is dit gewijzigd in die zin dat ook werknemers die een geringe kans op herstel op de lange termijn hebben voor een uitkering in aanmerking kunnen komen. De uitkering van 70% van het laatstgenoten loon zal nu worden toegekend aan de werknemers die als gevolg van hun arbeidsongeschiktheid ten hoogste 20% van het voor hen geldende maatmanloon kunnen verdienen.

HOOFDSTUK 1

ten loon, zonder koppeling aan leeftijd of arbeidsverleden. Het zogeheten WAO-hiaat komt voor deze groep dus te vervallen. Werknemers van wie wordt vastgesteld dat zij voor een percentage gelegen tussen de 35% en de 80% arbeidsongeschikt zijn, krijgen een aanvulling op hun salaris indien zij, tegen aangepast salaris, bij hun werkgever of bij een andere werkgever in dienst blijven en daar tenminste de helft van hun resterende verdien capaciteit benutten.²⁸ Slagen zij daar niet in, dan kunnen zij aanspraak maken op een werkloosheidsuitkering. Loopt deze af, dan volgt er een uitkering op bijstandsniveau (70% van het minimumloon) vermenigvuldigd met het arbeidsongeschiktheidspercentage.²⁹ Voor werknemers die minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn, wordt geen voorziening getroffen. Blijven zij niet aan het werk, dan resteert eerst een WW-uitkering en vervolgens de bijstand.

Werknemers die op psychische gronden arbeidsongeschikt zijn, hebben daarnaast vanaf 1 oktober 2004 te maken gekregen met een verscherpte medische keuring in het kader van de WAO. Vanaf die datum komen zij alleen dan in aanmerking voor een WAO-uitkering als zij aan een ernstige psychische stoornis lijden, dat wil zeggen een zodanige ziekte dat de werknemer én zichzelf niet meer kan verzorgen (geen dagritme meer heeft, de normale hygiëne niet meer in acht neemt) én niet in staat is normale contacten te onderhouden binnen het gezin en daarbuiten, én niet meer zelfredzaam is. Als een werknemer op één van deze drie terreinen nog wel functioneert, wordt hij niet als volledig arbeidsongeschikt aangemerkt.³⁰

Door al deze maatregelen zal de WAO in de nabije toekomst aan steeds minder arbeidsongeschikte werknemers een inkomensvervangende uitkering bieden. Dit geldt in het bijzonder voor werknemers met een psychische ziekte omdat waarschijnlijk slechts in uitzonderingsgevallen zal worden aangenomen dat herstel daarvan niet meer mogelijk is. Psychische zieke werknemers zullen daarom slechts zelden een arbeidsongeschiktheidsuitkering ontvangen, maar hooguit een suppletie op hun salaris als zij er in slagen om betaald werk te blijven verrich-

28 Deze aanvulling bedraagt 70% van het verschil tussen het laatstgenoten loon en het nieuwe lagere loon.

29 Dit wordt bepaald aan de hand van de mate van loonverlies dat een werknemer heeft als gevolg van arbeidsongeschiktheid. Zie TK 2004-2005, 30034, nr. 2, art. 7.2.3 en 7.2.4.

30 Besluit van 18 augustus 2004 tot wijziging van het Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten met betrekking tot de te duiden functies alsmede in verband met de introductie van een maatmaninkomensgarantie en enkele andere onderwerpen, *Stb.* 2004, 434, p. 7-8.

ten.³¹ Deze werknemers zullen daarom, indien zij van mening zijn dat hun werkgever een verwijt treft van de arbeidsongeschiktheid, geneigd zijn na te gaan of niet van de werkgever een (schade)vergoeding kan worden verkregen. Hierdoor zal naar alle waarschijnlijkheid de druk op het aansprakelijkheidsrecht en op andere vergoedingssystemen, zoals, tot op zekere hoogte, het ontslagrecht, toenemen. De vraag in hoeverre een werkgever gehouden is om de schade van een psychisch zieke werknemer te vergoeden, wint daardoor aan betekenis.

1.1.4 Extra Garantieregeling Beroepsrisico's

De regering heeft het risico dat versobering van de sociale zekerheid zal leiden tot een toenemend beroep op aansprakelijkheid van de werkgever, mede in geval van psychische ziekten, ook onderkend en heeft daarom geopperd dat het wellicht beter zou zijn om het huidige systeem van foutaansprakelijkheid voor werkgerelateerd letsel op grond van artikel 7:658 BW, artikel 7:611 BW en artikel 6:170 BW te vervangen door een systeem van vergoeding op no-fault basis, waarbij een werknemer recht heeft op een uitkering als hij kan aantonen dat hij arbeidsongeschikt is geworden door het werk, zonder dat daarbij hoeft komen vast te staan dat de werkgever is tekort geschoten in het nemen van maatregelen ter voorkoming van de arbeidsongeschiktheid. In dit verband heeft de regering aan de SER advies gevraagd over invoering van de zogeheten EGB, de *Extra Garantieregeling Beroepsrisico's*.³² Daarbij werd gedacht aan een verplicht door de werkgever af te sluiten verzekering tegen werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid van werknemers, in ruil waarvoor civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever buiten de verzekering om zou worden uitgesloten. Als tweede reden voor invoering van een dergelijke regeling voerde de regering aan dat door de WAO-plannen mogelijk strijd zou ontstaan met IAO-Verdrag nr. 121, *the Employment Injury Benefits Convention, 1964*,³³ bij welk verdrag Nederland partij is, omdat dit verdrag lidstaten verplicht om een bepaalde inkomensvoorziening te treffen voor werknemers van wie vaststaat dat hun arbeidsongeschiktheid het gevolg is van hun werkzaamheden. In het nieuwe WAO-stelsel zal hieraan mogelijk niet vol-

31 In het nieuwe WAO-stelsel zal gewerkt gaan worden met een zogeheten 'negatieve lijst van ziekten', dat wil zeggen een lijst waarop ziekten staan die niet worden aangemerkt als duurzaam en volledig en die dus geen aanspraak geven op een uitkering. Verwacht mag worden dat psychische ziekten op deze lijst zullen worden opgenomen, nu naar de mening van de regering psychische ziekten in het algemeen goed behandelbaar zijn. Bovendien zal daardoor circa 1/3e van de WAO-uitkeringen die thans verstrekt worden, niet meer uitgekeerd behoeven te worden, waarmee uiteraard een belangrijke besparing op de kosten van de WAO wordt bereikt.

32 Zie TK 2003-2004, 28 333, nr. 2, p. 5.

33 Zie TK 2003-2004, 28 333, nr. 2, p. 5.

HOOFDSTUK 1

daan worden, omdat werknemers die minder dan 80% arbeidsongeschikt zijn geen arbeidsongeschiktheidsuitkering meer krijgen indien zij geen betaald werk verrichten.

De SER heeft in zijn advies van februari 2004 over de WAO-plannen echter aangegeven dat er, voor zover hij kan overzien, geen verdragsrechtelijke noodzaak is voor invoering van de EGB.³⁴ Voor zover de regering de invoering van de EGB noodzakelijk acht ter vermijding van een te grote druk op het aansprakelijkheidsrecht die volgens de regering het gevolg zou kunnen zijn van de versoering van de WAO, heeft de SER als zijn mening gegeven dat een toename van de druk op de werkgeversaansprakelijkheid inderdaad reden kán zijn voor het overstappen op een ander vergoedingssysteem, doch dat hiervoor een “zorgvuldige afweging van de wenselijkheid van een afzonderlijke regeling voor de dekking van beroepsrisico’s, waarbij ook afdoende rekening kan worden gehouden met de complexiteit van deze materie” nodig is, voor welke afweging onvoldoende tijd is in het kader van het WAO-advies.³⁵ De regering heeft vervolgens met betrekking tot het verdragsrechtelijke aspect besloten om voor alle zekerheid informeel advies te vragen aan de IAO.³⁶ Voor het overige heeft de regering aangegeven het advies van de SER te zullen volgen.³⁷ Dat betekent dat invoering van een regeling als de EGB op de korte termijn niet aan de orde is. Op de lange termijn kan dit anders zijn, waarbij uiteraard ook van belang is wat de conclusie zal zijn van het (informele) advies van de IAO.

1.1.5 *Juridische vragen rondom de vergoeding van psychisch letsel*

Zowel in het geval dat wordt overgestapt op vergoeding van werkgerelateerd letsel op no-fault basis (een collectieve ongevalverzekering) als wanneer dat niet gebeurt en een stelsel van foutaansprakelijkheid uitgangspunt blijft, is de vraag relevant – geleid op de in § 1.1.1 tot en met § 1.1.3 geschetste maatschappelijke ontwikkelingen – in hoeverre een werkgever, al dan niet middels een verzekering, gehouden is om de schade van een psychisch zieke werknemer te vergoeden, of, anders geformuleerd, in hoeverre een werknemer jegens zijn werkgever aanspraak kan maken op een vergoeding voor werkgerelateerd psychisch letsel. Er is inmiddels in het Nederlandse recht enige richtinggevende rechtspraak over deze vraag³⁸ en er zijn in de wetenschap een aantal artikelen verschenen over de aansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel. Daarbij heeft tot op heden

34 SER-advies nr. 04/02, 2004, p. 102-105.

35 SER-advies nr. 04/02, 2004, p. 109-111.

36 Zie de brief van SZW aan de ILO van 11 maart 2005, kenmerk IZ/IA/2005/12355. Zie ook de brief van Minister de Geus van SZW aan de Tweede Kamer d.d. 11 maart 2005, kenmerk SV/A&L/05/18286.

37 TK 2003-2004, 28 333, nr. 21, p. 2.

38 Zie met name HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84; *RvdW* 2005, 37 (ABN AMRO/Nieuwenhuys) en HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667 (Nuts/Hofman).

het accent echter sterk gelegen op de vraag welk wetsartikel het meest geschikt is voor de aansprakelijkheid voor psychisch letsel, artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW³⁹ en minder op andere aspecten.⁴⁰ Verder is in de rechtsliteratuur het nodige onderzoek gedaan naar de vergoeding van immateriële schade als gevolg van geestelijk letsel.⁴¹ Daarbij is de aandacht vooral uitgegaan naar shockschade en affectieve schade en niet zozeer naar geestelijke schade als gevolg van handelen van de werkgever of als gevolg van de werkomstandigheden.

De vraag naar de vergoedbaarheid van psychisch letsel kent echter, naast de discussie over artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW en de vergoeding van immateriële schade, nog verschillende andere aspecten die nadere aandacht behoeven, zoals andere wetsartikelen naast artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW die de basis kunnen vormen voor vergoeding van psychisch letsel (bijvoorbeeld artikel 6:170 BW) of in de jurisprudentie ontwikkelde grondslagen, de te stellen eisen aan het bewijs van het causaal verband tussen werk en letsel en tussen tekortkoming van

39 Vgl. A. Geers, "Werkgeversaansprakelijkheid voor psychische schade", in *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, red. M. Faure en T. Hartlief, Den Haag 2001, p. 19-30; T. Hartlief, "Stress en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW", *WPNR* 2001, p. 1067-1068; T. Hartlief, "Werkgeversaansprakelijkheid: het bereik van en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW", *RM Themis* 2002, p. 67-83, i.h.b. p. 80-83; C.H. Sieburgh, "Beschikt de burgerlijke rechter echt over onbegrensde krachten?" in *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, red. C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels, G. van Solinge en L. Timmerman, Deventer 2003, p. 173-198; R. van de Water, "Vergoeding van psychische schade: via de weg van 7:658 BW of 7:611 BW?", *ArbeidsRecht* 2003, p. 11-15; Y.R.K. Waterman, "De aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade van de werknemer", *Arbeid Integraal* 2000, p. 86-90. Kritisch over het nut van deze discussie is S.D. Lindenbergh, "Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade", *AV&S* 2003, p. 14-25. In § 3.2 zal worden teruggekomen op de verhouding tussen art. 7:658 BW en 7:611 BW

40 Er zijn natuurlijk uitzonderingen, zoals bijvoorbeeld de bijdrage van Geers, 2001 en Lindenbergh, 2003 (zie de vorige noot), waarin tevens in meer algemene zin wordt ingegaan op de aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische ziekte door het werk.

41 Vgl. o.a. R.J.P. Kottenhagen, "Shockschade: een rechtsgebied in beweging", *NTBR* 1995, p. 119-127; R.J.P. Kottenhagen, "Vergoeding van immateriële schade; een rechtsgebied in een stroomversnelling?", *NTBR* 1998, p. 137-142; R.J.P. Kottenhagen, "Recente rechtspraak inzake shockschade: een doorbraak?" *Letzel & Schade* 2000, p. 4-10; S.D. Lindenbergh, "Schrik, onrechtmatigheid en schade", *RM Themis* 1997, p. 178-193; S.D. Lindenbergh, "Eén miljoen smartengeld wegens geestelijk letsel", *NJB* 1998, p. 351-356; A.J. Verheij, "Shockschade", *NJB* 1999, p. 1409-1416; A.J. Verheij, "Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon" (diss. VU Amsterdam), 2002, p. 115-187.

HOOFDSTUK 1

de werkgever en letsel, de te hanteren maatstaf bij de toerekening van de gevolgen van psychisch letsel aan de werkgever, en de te stellen eisen aan het bewijs van het bestaan en de ernst van psychisch letsel. Relevant is ook hoe de verschillende grondslagen voor de vergoeding van psychisch letsel zich tot elkaar verhouden, zoals de grondslagen uit het aansprakelijkheidsrecht en die uit het ontslagrecht, en de grondslagen uit het aansprakelijkheidsrecht en regelingen, zoals in het ambtenarenrecht, waarin aan een ambtenaar een vergoeding toekomt als hij ziek is geworden door het werk. Op al deze aspecten zal in dit boek nader worden ingegaan.

De vraag onder welke omstandigheden psychisch letsel voor vergoeding in aanmerking komt, kan niet zonder meer worden beantwoord door te verwijzen naar de criteria die gelden voor de vergoeding van fysiek letsel. Op een aantal punten verschilt psychisch letsel namelijk wezenlijk van (de meeste soorten van) fysiek letsel. Kenmerkend voor psychische ziekten is dat zij niet altijd eenvoudig zijn te voorzien, alleen al niet omdat de belastbaarheid van de ene werknemer verschilt van die van de andere. Verder hebben psychische ziekten vaak meerdere oorzaken. Deze kunnen zowel in het werk gelegen zijn als in de privé-sfeer van de werknemer alsook in zijn persoonlijkheidsstructuur. Ten derde is het bestaan, de aard en de ernst van psychisch letsel in veel gevallen moeilijker vast te stellen dan bij lichamelijk letsel, omdat er niet altijd medisch aantoonbare afwijkingen zijn. Het kan daarom onder omstandigheden noodzakelijk zijn om de vereisten voor het recht op vergoeding van psychisch letsel op andere wijze in te vullen dan het geval is bij fysiek letsel. Welke verschillen er in dit opzicht bestaan, zal in dit boek nader worden onderzocht. Daarbij zal ook blijken dat hierover verschillende standpunten worden ingenomen, variërend van het standpunt dat psychisch letsel alleen voor vergoeding in aanmerking moet komen als tevens fysiek letsel is geleden of gevaar daarvoor heeft bestaan tot aan het standpunt dat de criteria voor het recht op vergoeding van psychisch letsel niet anders behoeven te worden ingevuld dan bij fysiek letsel.

Overigens is het onderscheid tussen fysiek en psychisch letsel niet altijd scherp te maken. Er zijn ook fysieke ziekten die, evenals psychische ziekten, multicausaal kunnen zijn en waarvan het bestaan, de aard en de ernst ervan lastig zijn te verifiëren, bijvoorbeeld omdat er geen medische afwijkingen gevonden kunnen worden. Bekende voorbeelden hiervan zijn a-specifieke RSI, ME, en (lage) rugklachten. Bij het ontstaan van deze ziekten speelt bovendien de individuele belastbaarheid van de werknemer een belangrijke rol, evenals dat bij psychische ziekten het geval is. Hetgeen in dit boek zal worden opgemerkt over de invulling van de klassieke leerstukken op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid (zoals de bewijslastverdeling bij artikel 7:658 BW, toerekening van letsel, eigen schuld) bij psychisch letsel geldt daarom, naar ik meen, in belangrijke mate ook voor deze vormen van fysiek letsel. Omdat in dit boek psychisch letsel centraal staat, zullen deze fysieke ziekten verder buiten beschouwing blijven. Het lijkt echter goed om in het achterhoofd te houden dat het onderscheid tussen fysiek en psychisch letsel minder scherp is dan in dit boek, omwille van de eenvoud, soms wordt gesuggereerd.

De vraag naar de vergoedbaarheid van psychische ziekte kan op verschillende wijzen worden benaderd. In dit boek is gekozen voor een tweeledige benadering. In deel I van het boek komen met name aspecten aan de orde die relevant zijn voor psychisch letsel in het algemeen, ongeacht de specifieke oorzaak ervan. Daarbij gaat het om aspecten als de grondslagen voor aansprakelijkheid, bewijslastverdeling, de invulling van aansprakelijkheidsvereisten als relativiteit, causaliteit, toerekening en schade, en de verhouding tussen verschillende vergoedingssystemen. In het tweede deel staat een benadering voorop waarbij vanuit een bepaalde oorzaak van psychisch letsel wordt nagegaan onder welke voorwaarden recht op schadevergoeding bestaat. Zoals verderop in dit boek nog zal blijken, kunnen die voorwaarden namelijk verschillen afhankelijk van de oorzaak van het psychisch letsel in een bepaald geval. Dit geldt in het bijzonder voor het vereiste dat een zorgplicht moet zijn geschonden, maar ook voor andere aansprakelijkheidsvereisten, waaronder relativiteit, toerekening van schade, en het bestaan van vergoedbare schade. Daarom wordt in dit boek niet alleen onderzocht onder welke voorwaarden psychisch letsel meer in het algemeen voor vergoeding in aanmerking komt en zou moeten komen, maar wordt ook afzonderlijk ingegaan op de belangrijkste oorzaken ervan en op de wijze waarop het recht daarmee omgaat en zou moeten omgaan. De oorzaken die worden besproken, zijn het meemaken van traumatische gebeurtenissen op het werk, blootstelling aan stoffen waardoor een werknemer vreest een levensbedreigende ziekte te zullen krijgen, overbelasting en werkdruk, intimidatie wegens sekse en/of ras, pesten en personeelsbeslissingen van de werkgever.

1.2 Algemene aspecten van de vergoeding van werkgerelateerd psychisch letsel (vergoedingssystemen)

Bij de bespreking van de aspecten die van belang zijn voor de vergoeding van psychisch letsel in het algemeen kan onderscheid gemaakt worden tussen twee soorten vergoedingssystemen: systemen gebaseerd op foutaansprakelijkheid enerzijds en no-fault vergoedingssystemen anderzijds. Binnen deze systemen worden verschillende criteria gehanteerd voor het bepalen of recht op een vergoeding van werkgerelateerd (psychisch) letsel bestaat. In een systeem gebaseerd op foutaansprakelijkheid gelden als vereisten voor het recht op (schade)vergoeding dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen jegens de werknemer,⁴² dat de werknemer door dit tekortschieten psychisch ziek is geworden (causaal ver-

42 Waar in dit boek wordt gesproken van tekortschieten door de werkgever, een tekortkoming van de werkgever, het niet naleven door de werkgever van zijn verplichtingen etc., wordt steeds bedoeld op een toerekenbare tekortkoming oftewel wanprestatie. Het gaat daarbij om toerekening van de daad aan de dader zoals bedoeld in art. 6:74 en 6:75 BW en niet om toerekening als bedoeld in art. 6:98 BW. Zie ook § 1.6.

HOOFDSTUK 1

band en schade) en dat de schade als gevolg daarvan aan de werkgever kan worden toegerekend. In een no-fault systeem is het in beginsel niet relevant of de werkgever al dan niet een tekortkoming kan worden verweten. In beginsel kan een werknemer in een dergelijk systeem aanspraak maken op een vergoeding als komt vast te staan dat hij ziek is geworden door het werk. Ik zeg 'in beginsel' omdat in de praktijk, zoals ik nader zal uitwerken in met name hoofdstuk 5 en 9 en verder in deel II van dit boek, een werknemer, teneinde een vergoeding te verkrijgen vanwege psychische arbeidsongeschiktheid, in de meeste gevallen ook aannemelijk zal moeten maken dat zijn werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen. Bij psychische ziekten is het namelijk veelal onmogelijk om te bewijzen dat er een causaal verband bestaat tussen ziekte en werk zonder daarbij de schending door de werkgever van zijn zorgplicht te betrekken.

Naar Nederlands recht kunnen als wettelijke grondslagen voor foutaansprakelijkheid van de werkgever worden beschouwd: artikel 7:658 BW, de norm van artikel 7:658 BW zoals die wordt toegepast in het ambtenarenrecht en artikel 7:611 BW. In bepaalde gevallen waarin in een ontslagprocedure een vergoeding wordt toegekend omdat een werknemer psychisch ziek is geworden door verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever, kan tevens gesproken worden van een zekere vorm van foutaansprakelijkheid. Vergoeding op no-fault basis vindt in het Nederlandse recht plaats in het ambtenarenrecht, en, in zekere zin, in het ontslagrecht, voor zover daarin een vergoeding kan worden toegekend aan een werknemer omdat deze ziek is geworden door het werk, ook indien de werkgever niet verwijtbaar heeft gehandeld. De Extra Garantieregeling Beroepsrisico's, zoals besproken in § 1.1.4, zou eveneens een no-fault vergoedingssysteem zijn. Ten slotte kan ook de WAO – en ditzelfde zal gelden voor de WIA als het wetsvoorstel tot invoering daarvan wordt aangenomen⁴³ – worden aangemerkt als een no-fault vergoedingssysteem omdat tekortschieten door de werkgever niet relevant is voor het recht op uitkering. De WAO verschilt echter van arbeidsrechtelijke no-fault vergoedingssystemen, omdat voor het recht op een WAO-uitkering niet vereist is dat er causaal verband bestaat tussen ziekte en werk, maar slechts dat sprake is van een relevante mate van arbeidsongeschiktheid en van verlies aan verdien capaciteit als gevolg daarvan. Daarnaast worden de WAO-uitkeringen niet (alleen) betaald door de werkgever of uit een door de werkgever afgesloten verzekering.⁴⁴ Om die redenen zal de WAO – en de WIA – in het vervolg buiten beschouwing blijven.

Een tussenpositie tussen foutaansprakelijkheid en vergoeding op no-fault basis wordt ingenomen door artikel 6:170 BW. Enerzijds is voor aansprakelijkheid van

43 Zie § 1.1.3.

44 Door werkgevers wordt wel bijgedragen aan de WAO middels premies en middels de Pemba-regeling, maar er is geen sprake van een verplichte ongevallenverzekering, waarvan de premies volledig door de werkgever worden bekostigd.

de werkgever op grond van dit artikel niet vereist dat hijzelf is tekort geschoten in zijn verplichtingen en is er in die zin dus geen sprake van foutaansprakelijkheid van de werkgever. Anderzijds gaat dit artikel wel uit van foutaansprakelijkheid, namelijk foutaansprakelijkheid van de onrechtmatig handelende (collega) werknemer, en kan dus evenmin worden gesproken van vergoeding op no-fault basis. Aan dit artikel zal daarom in het vervolg van dit boek steeds apart aandacht worden besteed. Ook het ontslagrecht kan niet worden aangemerkt als ofwel een systeem van foutaansprakelijkheid ofwel een systeem van vergoeding op no-fault basis. Doelstelling van het ontslagrecht is vooral het voorkomen of sanctioneren van ongerechtvaardigd ontslag en niet zozeer het bieden van compensatie voor werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid. Voor zover het ontslagrecht echter wordt gebruikt als basis voor de vergoeding van ziekte door het werk, vertoont het wel trekken van foutaansprakelijkheid (namelijk als tekortschieten door de werkgever grond is voor toekenning van een ontslagvergoeding) of van vergoeding op no-fault basis (als een werknemer aanspraak kan maken op een vergoeding omdat hij ziek is geworden door het werk).

Het onderscheid tussen systemen van foutaansprakelijkheid en no-fault systemen is niet alleen in het Nederlandse, maar ook in buitenlandse rechtssystemen terug te vinden. Van de in dit boek onderzochte rechtssystemen – zie hierover § 1.4 – ligt in het Engelse systeem de nadruk sterk op foutaansprakelijkheid van de werkgever, terwijl in het Duitse en Amerikaanse systeem vergoeding op no-fault basis uitgangspunt is. Het Engelse rechtstelsel kent in het arbeids- en aansprakelijkheidsrecht vrijwel geen vormen van vergoeding op no-fault basis.⁴⁵ Wel bestaat er een sociaal verzekeringsrechtelijke regeling, namelijk het *Industrial Injuries Scheme*, op grond waarvan werknemers die langdurig en volledig arbeidsongeschikt zijn geworden als gevolg van het werk een uitkering kunnen krijgen. De betekenis van de uitkering is echter gering.⁴⁶ In het Duitse en Amerikaanse recht wordt werkgerelateerd letsel hoofdzakelijk vergoed via een no-fault systeem in de vorm van een verplichte (collectieve) ongevalverzekering. Wel bestaan daarop in beide rechtssystemen verschillende uitzonderingen.⁴⁷

1.3 Oorzaken van werkgerelateerd psychisch letsel

De vraag in welke gevallen psychisch letsel door het werk voor vergoeding in aanmerking komt, kan, zoals gezegd, behalve vanuit de grondslagen voor aansprakelijkheid en voor vergoeding op no-fault basis, ook benaderd worden vanuit de mogelijke oorzaken van werkgerelateerde psychische ziekte. In de praktijk

45 Het Engelse systeem zal nader worden besproken in hoofdstuk 7.

46 De uitkering is namelijk nauwelijks hoger dan de algemene voorzieningen voor invaliditeit die ook voor niet-werknemers gelden. Zie verder Barentsen, diss. 2003, p. 128-131 en p. 145.

47 Zie verder § 1.5.4.

HOOFDSTUK 1

is dit de meest voor de hand liggende benaderingswijze. Een werknemer die psychisch ziek is geworden als gevolg van pesten op het werk zal willen weten of hij hiervoor een vergoeding kan krijgen, en zo ja, welke juridische basis hij daarvoor heeft en aan welke vereisten zijn vordering moet voldoen. Een werkgever die geconfronteerd wordt met een dergelijke vordering zal willen weten of hij deze dient te honoreren en, zo nee, op welke gronden hij deze eis naast zich neer kan leggen. Rechtshulpverleners en rechters zullen willen weten aan welke criteria getoetst moet worden en hoe moet worden nagegaan of een bepaalde vordering kans van slagen heeft of niet.

De oorzaak van psychische ziekte door het werk is niet relevant voor het soort systeem waarbinnen moet worden beoordeeld of recht bestaat op een vergoeding. Er wordt niet een bepaald vergoedingssysteem gehanteerd in geval van een bepaald type psychisch letsel. Wel is de oorzaak van psychisch letsel relevant voor de invulling van de aansprakelijkheidscriteria binnen een bepaald vergoedingssysteem. De juridische behandeling van een vordering tot vergoeding van psychisch letsel kan namelijk verschillen al naar gelang de oorzaak van de schade. Ik geef drie voorbeelden. Aan het te leveren causaal verband tussen werk en ziekte zullen veelal strengere eisen worden gesteld waar het gaat om schending van minder duidelijke normen, zoals normen die strekken tot bescherming tegen een te hoge werkdruk, dan waar het gaat om schending van scherpere normen, zoals normen ten aanzien van seksuele intimidatie. Voor beantwoording van de vraag naar de vergoeding van psychisch letsel is het dus van belang of dit is veroorzaakt door een te hoge werkdruk of door seksuele intimidatie. In de tweede plaats kan schending van bepaalde normen, bijvoorbeeld ter voorkoming van intimidatie op grond van ras, eerder aanleiding zijn voor het toekennen van een vergoeding dan een andere tekortkoming, bijvoorbeeld het onheus bejegenen van een werknemer, dit omdat intimidatie op grond van ras wordt afgekeurd als zijnde een vorm van discriminatie (dus in zijn algemeenheid, los van de concrete omstandigheden van het geval), terwijl het onrechtmatigheidsgehalte van een onheuse bejegening sterk afhangt van de omstandigheden van het geval. Ook hier is de vraag naar de oorzaak dus van belang voor het beoordelen van het recht op een vergoeding. Bij de vraag of psychisch letsel in de vorm van shockschade recht geeft op een vergoeding, tenslotte, speelt het relativiteitsvereiste een centrale rol, terwijl dit veel minder het geval is bij angstschade of stressschade. De oorzaak van het psychisch letsel is hier dus van invloed op het al dan niet toepassen van een bepaald vereiste voor aansprakelijkheid.

In dit boek worden zes oorzaken van werkgerelateerd psychisch letsel onderscheiden. Deze worden hieronder aan de hand van voorbeelden geïntroduceerd:

Spoorwegwerknemer *Gotshall*⁴⁸ heeft een posttraumatische stress stoornis en een depressie opgelopen, waarvoor hij onder meer in een psychiatrische inrichting is

48 *Consolidated Rail Corporation v. Gotshall*, 114 Supreme Court U.S. 2396, 129 L. Ed. 2d 427 (1994).

opgenomen, nadat een collega met wie hij reeds lang bevriend was, tijdens het werk was overleden als gevolg van een hartaanval. Gotshall en zijn collega's hadden zwaar lichamelijk werk moeten verrichten in zeer warm en benauwd weer onder een zodanige tijdsdruk dat pauze nemen nauwelijks mogelijk was. Nadat de collega was overleden, gaf de leidinggevende de overige mannen opdracht om door te werken in het zicht van het lichaam van de overleden collega. Oorzaak van het letsel is in elk geval het zien verongelukken van een collega en vriend tijdens het werk. Partijen verschillen van mening over de vraag of Gotshall zelf ook in gevaar voor lichamelijk letsel heeft verkeerd en of dit mede een oorzaak voor het geestelijk letsel is. Ik zal in dit type gevallen spreken van shockschade.

*Buckley*⁴⁹ is tijdens zijn werk veelvuldig in aanraking gekomen met asbeststof en vreest hierdoor mesothelioom of longkanker te zullen krijgen. Hij vordert schadevergoeding vanwege het psychisch letsel dat hij lijdt door zijn angst. Deze vorm van schade wordt wel aangeduid als angstschade.

*Walker*⁵⁰ werkte als leidinggevende bij een organisatie voor sociale dienstverlening en was nauw betrokken bij de opsporing en bestrijding van kindermisbruik. Hij kampte al jarenlang met een te hoge werkdruk en had dit ook meerdere keren aan zijn leidinggevers laten weten. Op enig moment stortte hij psychisch in en was enige tijd ziek. Bij hervatting van zijn werkzaamheden werd hem extra ondersteuning beloofd. Deze bleek echter weinig in te houden en werd bovendien al snel ingetrokken. Na enige tijd werd Walker voor de tweede keer ziek. Door de artsen is vastgesteld dat Walker vermoedelijk langdurig arbeidsongeschikt zal blijven. Oorzaak van deze arbeidsongeschiktheid is de overbelasting van Walker.

Een *werknemster*⁵¹ is tijdens een happy hour op vrijdag seksueel geïntimideerd door haar manager in het bijzijn van negen mannelijke collega's. Toen zij na het weekend weer ging werken, hoorde zij dat het incident van vrijdag uitgebreid en op hilarische wijze besproken werd door de mannen op haar afdeling. Zij is naar haar manager gegaan, maar deze ontkende het gebeuren. De dagen daarop is een vervelende sfeer ontstaan en heeft de werknemster zich ziek gemeld. De manager is ontslagen naar aanleiding van een onderzoek van de klachtencommissie van de werkgever. De werknemster is na enige tijd ziek te zijn geweest weer aan het werk gegaan. Uiteindelijk is zij echter weer ziek geworden omdat zij steeds geconfronteerd werd met schunnige grappen als ze mannelijke collega's op de trap of in de gang tegenkwam en omdat het ontslag van de manager haar werd aangerekend. Oorzaak van de arbeidsongeschiktheid in deze zaak is de seksuele intimidatie en de reacties van collega's daarop.

Een *werknemer*⁵² voormalig bestuurslid, wordt na een fusie uit zijn functie ontheven en hem wordt gezegd dat hij naar een andere functie kan solliciteren. Enige tijd later wordt zijn secretaresse zonder zijn instemming overgeplaatst. Daarna worden aan hem taken opgedragen die niet bij zijn functieomschrijving horen. Ook krijgt hij lan-

49 *Metro North Commuter Railroad Co. v. Buckley*, 521 U.S. 424 Supreme Court (1997).

50 *Walker v Northumberland County Council*, [1995] 1 All ER 737 (Queen's Bench Division).

51 Ktr. Utrecht 1 augustus 2001, JAR 2001, 195.

52 Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, 16.8.2001, NZA-RR 2002, 121.

HOOFDSTUK 1

gere tijd in het geheel geen werk te doen. Vervolgens wordt hem opgedragen om trainingen te gaan geven aan het personeel, welke trainingen, ter controle, op video opgenomen zullen worden. Ook moet hij per half uur tijd schrijven en van alle gesprekken de gesprekspartners en de inhoud vermelden. Tenslotte wordt de werknemer meegedeeld dat zijn functioneren een gevaar is voor de onderneming en dat deskundigen zullen worden ingeschakeld om zijn werk te controleren. De werknemer krijgt psychische en lichamelijke klachten. Oorzaak daarvan is de wijze waarop hij door de werkgever, althans door de directeur, gepest wordt.

Hofman⁵³ krijgt na een dienstverband van 25 jaar te horen, naar zijn zeggen volkomen onverwacht, dat er bedenkingen zijn tegen zijn functioneren. Als gevolg hiervan raakt hij op psychische gronden arbeidsongeschikt. Vervolgens weigert werkgever Nuts, ondanks herhaalde verzoeken daartoe van Hofman, om deze bedenkingen toe te lichten. Hierdoor verergert de arbeidsongeschiktheid van Hofman. Hofman vordert vergoeding van de schade die hij stelt te hebben geleden door de onzorgvuldige handelwijze van Nuts.

In deel II van dit boek zal vanuit de hier getypeerde zes potentiële oorzaken van psychisch letsel – het meemaken van een traumatische gebeurtenis op het werk (shock), de angst om een levensbedreigende ziekte te krijgen, overbelasting, seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras, pesten, en (onzorgvuldige) personeelsbeslissingen – worden gezien in hoeverre aanspraak kan worden gemaakt op een vergoeding alsmede aan welke vereisten een vordering of verzoek tot (schade)vergoeding moet voldoen. Voor deze oorzaken is gekozen omdat, nu het gaat om zes verschillende typen oorzaken waarbij de vereisten voor aansprakelijkheid op verschillende wijzen (moeten) worden ingevuld, door bespreking daarvan een vrij volledig beeld kan worden verkregen van de gehanteerde en de te hanteren criteria bij de vergoeding van werkgerelateerd psychisch letsel.⁵⁴ Daarmee is niet gezegd dat deze zes oorzaken ook in kwantitatief opzicht even belangrijk zijn. Dit is, zoals in deel II van dit boek nader zal worden toegelicht en ook in § 1.1.1 en 1.1.2 al even kort aan de orde kwam, niet het geval. Overbelasting, al dan niet in combinatie met personeelsbeslissingen (waaronder arbeidsconflicten) en intimidatie, is verreweg de belangrijkste oorzaak van werkgerelateerd psychisch letsel. Het kwantitatieve aspect is in deze echter niet doorslaggevend, nu beoogd is om inzicht te bieden in de juridische behandeling van psychisch letsel als gevolg van verschillende oorzaken en niet alleen van de meest voorkomende oorzaak.

53 HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667 (Nuts/Hofman).

54 Een vergelijkbare verdeling in typen oorzaken is in de Engelse literatuur terug te vinden. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen psychisch letsel als gevolg van *confronting death, injury or peril* (shockschade en angstschade) en psychisch letsel door *environmental stress* (overbelasting, intimidatie, personeelsbeslissingen). Zie met name Butler, 2002, p. 88. Zie verder hoofdstuk 10.

1.4 Rechtsvergelijking

Zowel de vraag naar de mogelijkheden en onmogelijkheden van het vergoeden van psychisch letsel als gevolg van bepaalde oorzaken als de vraag naar de invulling van de criteria voor het recht op vergoeding binnen de verschillende vergoedingssystemen en de verhouding tussen die systemen zal in dit boek vanuit rechtsvergelijkend perspectief worden besproken. De meerwaarde hiervan is dat in de onderzochte rechtsstelsels – Engeland, Duitsland en de Verenigde Staten – over bepaalde aspecten van de vergoeding van psychisch letsel al langere tijd een debat wordt gevoerd in rechtspraak en literatuur, terwijl vergelijkbare discussies in het Nederlandse recht nog maar net begonnen zijn. De buitenlandse ervaringen kunnen aldus leerzaam zijn voor het Nederlandse recht. In dit opzicht verdient het vermelding dat in het Engelse recht inmiddels de nodige uitspraken zijn gedaan en literatuur is verschenen over de vergoeding van werkgerelateerde shockschade en stressschade (dat wil zeggen psychisch letsel als gevolg van overbelasting), terwijl in het Amerikaanse recht reeds sinds enkele decennia wordt gediscussieerd over de vraag in hoeverre psychisch letsel als gevolg van het werk op no-fault basis voor vergoeding in aanmerking kan komen. Ook op andere gebieden, zoals de aansprakelijkheid van de werkgever voor seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras, is het Engelse en Amerikaanse recht verder uitgekristalliseerd dan het Nederlandse. Het Duitse recht biedt met name stof tot nadenken waar het gaat om de verhouding tussen vergoeding op no-fault basis van werkgerelateerd letsel en foutaansprakelijkheid van de werkgever buiten het no-fault systeem om. Verder is in het Duitse recht sprake van uitgebreide theorievorming, anders dan tot dusver in het Nederlandse recht, over de aansprakelijkheid van de werkgever voor pesten.

1.5 Opbouw van het boek

1.5.1 *Deel I en Deel II*

Dit boek bestaat, gezien voorgaande, uit twee delen. In het eerste deel worden de systemen voor de vergoeding van werkgerelateerd letsel – foutaansprakelijkheid, vergoeding op no-fault basis, kwalitatieve aansprakelijkheid en ontslagrecht – geschetst en wordt besproken welke vereisten binnen die systemen gelden en zouden moeten gelden voor de vergoeding van werkgerelateerd psychisch letsel. Tevens zal samenloop tussen de verschillende wetsartikelen en in de jurisprudentie ontwikkelde grondslagen voor de vergoeding van psychisch letsel als gevolg van het werk aan de orde komen. In deel II zal de materie worden besproken vanuit het perspectief van de in de vorige paragraaf geschetste oorzaken van psychisch letsel.

De bespreking van de grondslagen voor aansprakelijkheid in deel I vindt plaats per rechtsstelsel. Dit is noodzakelijk om de in deel II gegeven informatie per oorzaak goed te kunnen plaatsen. In deel II worden de criteria voor aansprakelijk-

HOOFDSTUK 1

heid voor psychisch letsel als gevolg van een bepaalde oorzaak namelijk geïntegreerd besproken en niet langer per rechtsstelsel.

Het boek wordt afgesloten met een hoofdstuk waarin de belangrijkste conclusies uit zowel deel I als deel II op een rij worden gezet en waarin, waar mogelijk, de conclusies uit deel I worden verbonden met die uit deel II.

1.5.2 *Geschreven normen en medische en juridische aspecten van psychisch letsel: hoofdstuk 2*

Alvorens in te gaan op de verschillende grondslagen voor de vergoeding van psychisch letsel, zal eerst in hoofdstuk 2 een overzicht worden gegeven van de belangrijkste geschreven verplichtingen van de werkgever tot het voorkómen en bestrijden van psychisch letsel door het werk die inmiddels in het Nederlandse, Engelse, Duitse en Amerikaanse recht zijn geformuleerd. Het gaat daarbij niet alleen om wetgeving, maar ook om bepalingen in CAO's, arboconvenanten, van overheidswege uitgegeven handleidingen, etc. Veelal betreft het vrij algemene verplichtingen die in de praktijk en zo nodig in de rechtspraak nader geconcretiseerd moeten worden alvorens een werknemer daarop een beroep kan doen. Er zijn echter ook verplichtingen die reeds zodanig specifiek zijn dat een nadere uitwerking niet nodig is.

In ditzelfde hoofdstuk 2 zal enige medische achtergrondinformatie worden gegeven. Voor een goed begrip van wat werkgerelateerd psychisch letsel is, is inzicht in de belangrijkste ziekten die zich kunnen voordoen als gevolg van werkgerelateerde factoren noodzakelijk. Daarom zullen aard en kenmerken van deze ziekten besproken worden. Ook zal globaal worden toegelicht welke weerstanden er leven tegen het vergoeden van psychisch letsel op dezelfde wijze als fysiek letsel en welke argumenten worden gebruikt om die weerstanden weg te nemen.

1.5.3 *Vergoedingssystemen naar Nederlands recht: hoofdstukken 3 tot en met 6*

De hoofdstukken 3 tot en met 6 hebben betrekking op de vergoedingssystemen die het Nederlandse recht kent en op de vereisten voor het recht op een vergoeding die binnen deze systemen worden gehanteerd. In deze hoofdstukken wordt gezien hoe deze vereisten feitelijk worden ingevuld waar het gaat om psychisch letsel en tevens of dit een geschikte wijze van invulling is of dat een andere benaderingswijze meer in de rede ligt.

In hoofdstuk 3 zullen de vormen van foutaansprakelijkheid van de werkgever die het Nederlandse civiele arbeidsrecht kent aan de orde komen, dat wil zeggen artikel 7:658 BW, artikel 7:611 BW en artikel 6:162 BW. Hoewel artikel 6:170 BW formeel gesproken geen basis vormt voor foutaansprakelijkheid van de werkgever, zal dit artikel ook in hoofdstuk 3 worden 'meegenomen', omdat in zekere zin sprake is van een afgeleide foutaansprakelijkheid, namelijk de aansprakelijkheid van de werkgever voor fouten van zijn werknemers. Verder is op een verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van artikel 6:170 BW grotendeels het-

zelfde regime van toepassing als op een verplichting tot schadevergoeding ex artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW, zodat het praktisch is om artikel 6:170 BW in hetzelfde hoofdstuk te bespreken als artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW.

In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op foutaansprakelijkheid in het Nederlandse ambtenarenrecht. De relevante grondslagen in dit verband zijn: de norm van artikel 7:658 BW, met artikel 7:611 BW vergelijkbare rechtspositionele grondslagen voor de toekenning van schadevergoeding, de norm van artikel 6:170 BW en de norm van artikel 6:162 BW.

In hoofdstuk 5 zal het enige zuivere no-fault vergoedingssysteem worden besproken dat het Nederlandse recht op dit moment kent, te weten de regeling in het ambtenarenrecht in het kader waarvan aan een ambtenaar een tegemoetkoming kan worden betaald (aanvulling op loon/uitkering en vergoeding van medische kosten) als sprake is van een dienstongeval of beroepsziekte.

In hoofdstuk 6, tenslotte, komt aan de orde in hoeverre het Nederlandse ontslagrecht de basis kan vormen voor toekenning van een vergoeding aan een werknemer omdat deze psychisch arbeidsongeschikt is geworden door de arbeidsomstandigheden of door verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

1.5.4 *Vergoedingssystemen naar Engels, Duits en Amerikaans recht: hoofdstukken 7 tot en met 9*

In de hoofdstukken 7, 8 en 9 zullen de geschreven en ongeschreven grondslagen voor de vergoeding van psychische ziekte door het werk naar respectievelijk Engels, Duits en Amerikaans recht aan de orde komen. Ook daarbij zal weer onderscheid worden gemaakt tussen vergoeding op basis van foutaansprakelijkheid, vergoeding op no-fault basis, kwalitatieve aansprakelijkheid en vergoeding via het ontslagrecht. Zoals reeds opgemerkt in § 1.2 ligt in het Engelse recht de nadruk op foutaansprakelijkheid van de werkgever. De belangrijkste grondslagen voor foutaansprakelijkheid zijn de buitencontractuele *duty of care* van de werkgever voor veilige en gezonde arbeidsomstandigheden en de hiermee vergelijkbare, maar uit de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortvloeiende, *duty of mutual trust and confidence*. Daarnaast kan een werkgever op basis van foutaansprakelijkheid aansprakelijk zijn voor schending van een wettelijke verplichting. Verder kent het Engelse recht vormen van kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor werkgerelateerd letsel. Evenals in het Nederlandse recht is tenslotte het ontslagrecht een relevante vergoedingsbron in die gevallen waarin sprake is van tekortschieten door de werkgever in zijn verplichtingen en de arbeidsongeschiktheid van de werknemer daarvan het gevolg is.

Duitsland kent een verplichte collectieve ongevallenverzekering voor de vergoeding van werkgerelateerd letsel. Foutaansprakelijkheid van de werkgever buiten die verzekering om is mogelijk in gevallen waarin geen sprake is van een arbeidsongeval of beroepsziekte als bedoeld in de verzekering. Meer in het bijzonder geldt dit voor schade als gevolg van pesten en/of seksuele intimidatie. In het ontslagrecht is toekenning van een vergoeding mogelijk als een ontslag het gevolg is van verwijtbaar handelen van de werkgever.

HOOFDSTUK 1

In de Verenigde Staten wordt, evenals in Duitsland, werkgerelateerd letsel hoofdzakelijk vergoed via een verplichte collectieve ongevallenverzekering. Elke staat kent hiervoor zijn eigen regeling. Voor werknemers bij de federale spoorwegaanspraken en de binnenvaart geldt echter een stelsel van foutaansprakelijkheid. Voor het overige is aansprakelijkheid buiten de ongevallenverzekeringen om soms mogelijk voor vormen van intimidatie die tevens als discriminatie kunnen worden aangemerkt en voor opzettelijk toegebracht geestelijk letsel. Het ontslagrecht speelt in het Amerikaanse recht geen rol van betekenis als bron voor de vergoeding van werkgerelateerd letsel.

1.5.5 *Vergoeding van psychisch letsel gerangschikt naar oorzaak: hoofdstukken 10 tot en met 16*

In deel II van dit boek staat steeds één van de in § 1.3 genoemde mogelijke oorzaken van psychische ziekte door het werk centraal. Per hoofdstuk zal, aan de hand van de Nederlandse en buitenlandse literatuur en rechtspraak, worden bekeken welke vragen zich voordoen rondom de vergoeding van psychisch letsel als gevolg van een bepaalde oorzaak en zal getracht worden antwoorden op deze vragen te formuleren. Deel II is als volgt ingedeeld:

- Hoofdstuk 10: Inleiding
- Hoofdstuk 11: Psychische ziekte als gevolg van het meemaken van één of meerdere traumatische gebeurtenissen op het werk (shockschade);
- Hoofdstuk 12: Psychische ziekte door angst (angstschade);
- Hoofdstuk 13: Psychische ziekte als gevolg van overbelasting (stressschade);
- Hoofdstuk 14: Psychische ziekte als gevolg van seksuele intimidatie en/of intimidatie wegens ras;
- Hoofdstuk 15: Psychische ziekte als gevolg van pesten;
- Hoofdstuk 16: Psychische ziekte als gevolg van onzorgvuldige personeelsbeslissingen of andere gedragingen van de werkgever.

Ik sluit, zoals gezegd, het boek af met een hoofdstuk waarin de belangrijkste conclusies uit de voorgaande hoofdstukken op een rij worden gezet en waarin, waar mogelijk, de conclusies uit deel I worden verbonden met die uit deel II. De tekst van dit boek is afgesloten op 31 maart 2005.

1.6 Terminologie

In dit boek zal afwisselend gesproken worden van psychische ziekte en psychisch letsel en incidenteel ook wel van psychische arbeidsongeschiktheid. Ook het begrip 'geestelijk letsel' zal een enkele keer opduiken. Met deze begrippen wordt steeds bedoeld op hetzelfde, namelijk op een ziekte die hoofdzakelijk psychisch van aard is (depressie, aanpassingsstoornis e.d.), dit in tegenstelling tot een meer fysieke ziekte. In werkelijkheid zal het niet altijd eenvoudig zijn om vast te stellen of een ziekte nu psychisch van aard is of fysiek, omdat fysiek letsel in de regel

ook psychische effecten heeft en andersom.⁵⁵ Omdat in de medische en in de juridische literatuur echter onderscheid wordt gemaakt tussen psychische en fysieke klachten en het in de regel wel duidelijk is wat daar ongeveer mee wordt bedoeld, zal dit onderscheid ook in dit boek als uitgangspunt worden genomen. Het is echter van belang om in het achterhoofd te houden dat hiermee regelmatig wordt geabstraheerd van de realiteit, waarin meestal sprake zal zijn van een combinatie van fysieke en psychische klachten.

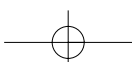
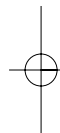
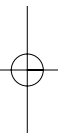
Een psychische ziekte is niet per definitie hetzelfde als een psychiatrische ziekte. Een psychiatrische ziekte is een door een psychiater vastgestelde stoornis, terwijl het begrip psychische ziekte ook ziektebeelden omvat die in de psychiatrische handboeken niet als stoornis worden vermeld. In § 2.5 en § 2.6 zal hierop nader worden teruggekomen.

Een psychische ziekte kan materiële of immateriële schade veroorzaken. Er is dan sprake van schade als gevolg van psychisch letsel. In de Nederlandse juridische literatuur en in de rechtspraak wordt in dit opzicht ook wel gesproken over psychische schade. Daarmee wordt soms echter bedoeld op wat ik hier aanduid als psychisch letsel of psychische ziekte en soms op de schade als gevolg daarvan. Omdat daardoor verwarring kan ontstaan, geef ik er de voorkeur aan om het begrip 'psychische schade' te vermijden en om ofwel te spreken van 'psychisch letsel' of 'psychische ziekte', ofwel van schade als gevolg daarvan. Het is, uiteraard, de schade die vergoed wordt. Het meest zuiver zou daarom zijn om te spreken van 'vergoeding van schade als gevolg van psychisch letsel'. Omdat dit nogal een mondvul is, gebruik ik in dit boek in de regel kortweg de formulering 'vergoeding van psychisch letsel.'

Een ander begrip dat regelmatig in dit boek voorkomt, is het begrip 'zorgplicht' of 'verplichting' of 'norm'. In beginsel wordt daarmee steeds op hetzelfde bedoeld, namelijk op een verplichting die de werkgever moet naleven teneinde te voorkomen dat zijn werknemer psychisch ziek wordt. Afhankelijk van de context wordt ofwel het ene ofwel het andere woord gebruikt. Het niet-naleven door de werkgever van een bepaalde verplichting wordt afwisselend aangeduid als 'niet-naleving', 'schending', 'niet-nakoming', 'tekortschieten in' en 'tekortkoming'. Voor zover het begrip 'tekortkoming' wordt gebruikt, wordt daarmee steeds bedoeld op een aan de werkgever toerekenbare tekortkoming in de zin van toerekening van de daad aan de dader, oftewel wanprestatie.⁵⁶

55 Zie onder meer N.J. Mullany and P.R. Handford, *Tort Liability for Psychiatric Damage*, Londen 1993, p. 27-28 en de daar genoemde literatuur. Zie ook Butler, 2002, p. 40 en p. 44-47 met verdere verwijzingen.

56 Zie art. 6:74 en 6:75 BW. Zie ook noot 43.



2. Geschreven normen en medische en juridische aspecten van psychisch letsel

2.1 Inleiding en plan van behandeling

In het inleidend hoofdstuk heb ik aangegeven dat, waar het gaat om de vergoeding van werkgerelateerd psychisch letsel, onderscheid gemaakt kan worden tussen no-fault vergoedingssystemen en vergoedingssystemen gebaseerd op foutaansprakelijkheid.¹ Daarbij is aan de orde gekomen dat in een no-fault systeem voor het recht op vergoeding minimaal vereist is dat daadwerkelijk sprake is van (psychische) ziekte alsmede dat in voldoende mate komt vast te staan dat deze ziekte het gevolg is van de werkzaamheden. In een systeem gebaseerd op foutaansprakelijkheid dient daarnaast nog te worden aangetoond dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen jegens de werknemer, dat de werknemer daardoor psychisch ziek is geworden en schade heeft geleden, en dat deze schade aan de werkgever kan worden toegerekend. Ik heb verder alvast aangestipt in § 1.2 dat ook in no-fault systemen in de meeste gevallen eerst dan een vergoeding voor psychisch letsel wordt toegekend indien vast is komen te staan dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen. In de praktijk blijkt derhalve ook bij vergoeding op no-fault basis de vraag naar de zorgplicht van de werkgever van belang te zijn, ook al is dat formeel gesproken niet het geval.

Omdat de aanwezigheid van een tekortkoming van de werkgever, gezien het voorgaande, van groot belang is voor het bestaan van een recht op vergoeding van psychisch letsel, zowel in een systeem gebaseerd op foutaansprakelijkheid als in een no-fault systeem, is het noodzakelijk om na te gaan welke geschreven en ongeschreven verplichtingen een werkgever nu precies heeft ter bescherming van werknemers tegen werkgerelateerde psychische ziekten. In dit hoofdstuk 2 zal hiertoe een aanzet worden gegeven voor zover het de belangrijkste geschreven verplichtingen van de werkgever naar Nederlands, Engels, Duits en Amerikaans recht betreft. Daarbij zal ik met name aandacht besteden aan de meer algemene verplichtingen van de werkgever. Specifieke geschreven verplichtingen die in het bijzonder strekken ter voorkoming en bestrijding van bepaalde oorzaken van psychisch letsel, zoals onder meer overbelasting, seksuele intimidatie en pesten, zullen aan de orde komen in de hoofdstukken 11 tot en met 16 waarin telkens een bepaalde oorzaak van psychisch letsel en de juridische behandeling daarvan centraal staat. Ongeschreven verplichtingen zullen in dit hoofdstuk evenmin worden besproken. Ook daaraan zal nader aandacht worden besteed in de hoofdstukken 11 tot en met 16.

Naast het vereiste van een normschending moet voor het recht op vergoeding van psychische ziekte tevens vaststaan dat daadwerkelijk van ziekte sprake is en

1 Zie § 1.2.

HOOFDSTUK 2

dat deze het gevolg is van het werk. Voor het verkrijgen van bewijs op beide onderdelen zal in veel gevallen een beroep worden gedaan op psychiaters en/of psychologen. Zij zijn immers geschoold in het onderkennen van een psychiatrisch of psychisch ziektebeeld en in het vaststellen van de oorzaken ervan. Weliswaar is het medisch oordeel niet zonder meer doorslaggevend in een juridische procedure, omdat daarin vastgesteld zal moeten worden dat er in juridische en niet (alleen) in medische zin sprake is van letsel, maar vaak zal het juridische oordeel op dit punt in belangrijke mate steunen op de medische informatie. Een rechter zal in de regel namelijk niet over specifieke expertise beschikken ten aanzien van de aanwezigheid van een psychiatrische of psychische stoornis en de oorzaak daarvan en zal daarom behoefte hebben aan inlichtingen op dit punt.

Vanwege dit belang van medische informatie zal ik in dit hoofdstuk aandacht schenken aan de stand van zaken in de psychologische en psychiatrische wetenschap met betrekking tot werkgerelateerde psychische ziekten. Volledigheid is daarbij niet nagestreefd. Ingegaan zal worden op die ziektebeelden en hun kenmerken die het belangrijkste zijn op het gebied van werkgerelateerd letsel. De juridische vertaling daarvan in ziek of niet ziek en in psychisch ziek of psychiatrisch ziek zal verderop in dit deel I aan de orde komen, nu het daarbij, zoals gezegd, niet primair om medische, maar om juridische kwesties gaat. Wel zal in dit hoofdstuk apart aandacht worden besteed aan moeilijkheden die zich kunnen voordoen bij de vergoeding van psychisch letsel en die voor sommige juristen reden zijn om te pleiten voor meer terughoudendheid bij het vergoeden van psychisch letsel dan gebruikelijk is bij fysiek letsel. Daarbij zullen nog geen conclusies worden getrokken, maar zullen de argumenten vóór en tegen een terughoudende benadering op een rij worden gezet.

Dit hoofdstuk bestaat, gelet op het voorafgaande, uit twee delen. In het eerste deel (§ 2.2 en § 2.3) zal ik op een rij zetten welke geschreven algemene verplichtingen een werkgever naar Nederlands, Engels, Duits en Amerikaans recht heeft ter voorkoming en bestrijding van psychisch letsel. Tevens zal ik kort ingaan op relevante onderzoeken die zijn verricht door de Internationale Arbeidsorganisatie en de Europese Unie (§ 2.4). In het tweede deel (§ 2.5 en § 2.6) komen de in de vorige alinea genoemde, medische aspecten aan de orde (§ 2.5) en de argumenten vóór en tegen het vergoeden van psychisch letsel op dezelfde wijze als fysiek letsel (§ 2.6). Het hoofdstuk is hoofdzakelijk beschrijvend van aard. Het kent daarom geen probleemstelling en wordt ook niet afgesloten met een conclusie.

2.2 Vindplaatsen van geschreven verplichtingen naar Nederlands recht

2.2.1 Arbeidsomstandighedenwet

De belangrijkste geschreven verplichtingen ten aanzien van het beschermen van werknemers tegen psychische en andere ziekten zijn te vinden in de Arbeidsom-

standighedenwet 1998, ook wel aangeduid als de Arbowet.² Het centrale artikel is artikel 3 waarin het volgende is bepaald:

Artikel 3

1. De werkgever voert een zo goed mogelijk arbeidsomstandighedenbeleid en neemt daarbij, gelet op de stand van de wetenschap en professionele dienstverlening, het volgende in acht:
 - a. tenzij dit redelijkerwijs niet kan worden gevergd moet de werkgever de arbeid zodanig organiseren dat daarvan geen nadelige invloed uitgaat op de veiligheid en gezondheid van de werknemer;
 - b. tenzij dit redelijkerwijs niet kan worden gevergd, moeten de gevaren voor de veiligheid of de gezondheid van de werknemer zoveel mogelijk in eerste aanleg bij de bron daarvan worden voorkomen of zoveel mogelijk worden beperkt; naar de mate waarin dergelijke gevaren niet bij de bron kunnen worden beperkt, moeten daartoe andere doelmatige maatregelen worden getroffen, waarbij maatregelen gericht op collectieve bescherming de voorrang dienen te hebben boven maatregelen gericht op individuele bescherming; slechts indien redelijkerwijs niet kan worden gevergd dat maatregelen worden getroffen die zijn gericht op individuele bescherming, dienen doelmatige en passende persoonlijke beschermingsmiddelen aan de werknemer ter beschikking worden gesteld;
 - c. de inrichting van de arbeidsplaatsen, de werkmethoden en de bij de arbeid gebruikte arbeidsmiddelen alsmede de arbeidsinhoud moeten zoveel als redelijkerwijs kan worden gevergd aan de persoonlijke eigenschappen van de werknemers zijn aangepast;
 - d. ongevarieerde zich in een kort tijdsbestek herhalende arbeid en arbeid waarbij het tempo door een machine of lopende band op een zodanige wijze wordt beheerst dat de werknemer zelf verhinderd wordt het tempo van de arbeid te beïnvloeden, moeten, zoveel als redelijkerwijs kan worden gevergd, worden vermeden; indien dergelijke arbeid niet of niet voldoende kan worden vermeden, moet de werkgever deze door andersoortige arbeid of pauzes regelmatig afwisselen;
 - e. doeltreffende maatregelen moeten zijn genomen teneinde het mogelijk te maken dat de werknemer, indien een toestand ontstaat, waarin direct gevaar voor zijn veiligheid of gezondheid aanwezig is, zich snel in veiligheid kan stellen dan wel andere passende maatregelen kan nemen, en ten einde te verzekeren dat, indien schade aan zijn gezondheid is toegebracht, de gevolgen hiervan zoveel mogelijk kunnen worden beperkt.
2. Ter uitvoering van het eerste lid draagt de werkgever zorg voor een goede verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen de bij de werkgever werkzame personen, waarbij hij rekening houdt met de bekwaamheden van de werknemers.
3. De werkgever toetst het beleid regelmatig aan de ervaringen die daarmee zijn opgedaan en past de maatregelen aan zo dikwijls als de daarmee opgedane ervaring daartoe aanleiding geeft.
4. Onder arbeidsomstandighedenbeleid als bedoeld in het eerste lid wordt tevens verstaan het bevorderen van het welzijn bij de arbeid voor zover tot bevordering daarvan in het eerste lid, onder c en d, verplichtingen zijn gesteld.

² Wet van 18 maart 1999 houdende bepalingen ter verbetering van de arbeidsomstandigheden. Laatste wijziging *Stb.* 2002, 542.

HOOFDSTUK 2

Artikel 3 Arbowet maakt niet expliciet melding van de verplichting van de werkgever om werknemers tegen psychische ziekte te beschermen. Deze verplichting valt echter wel onder het algemene arbeidsomstandighedenbeleid zoals genoemd in artikel 3 lid 1 aanhef. Van belang is voorts dat met het bepaalde in artikel 3 lid 1 sub c, te weten dat het werk zoveel mogelijk moet worden aangepast aan de werknemer, blijkens de memorie van toelichting op de Arbowet onder andere wordt bedoeld op het zorgen voor een adequaat evenwicht tussen belasting en belastbaarheid in fysieke en psychische zin.³ Tot dit laatste kunnen vele aspecten van het werk die te maken hebben met psychische belastbaarheid behoren, zoals bijvoorbeeld de wijze van leidinggeven in een onderneming, het tegengaan van pesten, het gunnen van voldoende pauzes etc. Artikel 3 lid 1 sub d heeft rechtstreeks betrekking op een aspect van werkdruk, namelijk het werken aan een machine of lopende band waarvan de werknemer het tempo niet kan bepalen. Het is daarmee één van de meest concrete bepalingen ten aanzien van het voorkómen van psychisch letsel. Achtergrond van de bepaling is dat uit onderzoek is gebleken dat werknemers die dergelijk kort-cyclisch en monotoon werk verrichten, gedemotiveerd raken en stress oplopen met alle schadelijke gevolgen vanden voor hun gezondheid.⁴

Met het oog op psychisch letsel is voorts relevant dat, na een daartoe door Tweede Kamerlid Middel ingediend amendement op het wetsvoorstel voor wat later de Arbowet 1998 is geworden, in artikel 3 lid 4 is opgenomen dat de werkgever bij de nakoming van de verplichtingen genoemd in de leden c en d van artikel 3 lid 1, het welzijn bij de arbeid dient te bevorderen. Oorspronkelijk had de regering in het wetsvoorstel voorgesteld om het begrip welzijn te laten vallen omdat dit begrip in het algemeen spraakgebruik een veel bredere betekenis zou hebben dan in de Arbowet en daarom onnodige verwarring zou veroorzaken. Het begrip zou volgens de regering ook niets toevoegen aan de Arbowet omdat de inhoud ervan al bestreken werd door de meer algemene bepalingen van artikel 3.⁵ Een meerderheid van de Tweede Kamer kon zich daarmee echter niet verenigen, omdat aldus een kapstok zou verdwijnen welke gebruikt zou kunnen worden om de mogelijkheden van een werknemer om zich autonoom te ontplooiën in het werk te vergroten en aldus onvrede en stress en als gevolg daarvan mogelijke arbeidsongeschiktheid te vermijden⁶ en om het geestelijk welbevinden van werknemers

3 TK 1997-1998, 25 879, nr. 3, p. 37.

4 Zie de Memorie van antwoord bij het wetsvoorstel tot vaststelling van de Arbeidsomstandighedenwet 1980, TK 1978-1979, 14 497, nr. 5, p. 9. De bepaling is overigens oorspronkelijk afkomstig uit richtlijn 89/391/EEG, *PbEG* 1989 L 183 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk (kaderrichtlijn).

5 Memorie van toelichting, TK 1997-1998, 25 879, nr. 3, p. 10-11.

6 GroenLinks, Verslag, TK 1997-1998, 25 879, nr. 5, p. 9-10.

en hun mogelijkheden tot sociale ontplooiing bij de arbeid te bevorderen.⁷ Bovendien vond een meerderheid van de Tweede Kamer het begrip welzijn van belang om aan de hand daarvan werkgevers te wijzen op hun verplichting om hedendaagse problemen als werkdruk en werkstress aan te pakken.⁸ De stelling van de staatssecretaris dat deze verplichting al bestond op grond van de plicht van werkgevers om het werk aan te passen aan de persoonlijke eigenschappen van de werknemer werd door de Tweede Kamer onvoldoende geacht.

Naast artikel 3 Arbowet is met het oog op geestelijk letsel ook artikel 4 Arbowet van belang. In artikel 4 lid 1 is onder meer bepaald dat een werkgever ziekte van werknemers zoveel mogelijk moet voorkomen of beperken. Niet is aangegeven dat het hier alleen om lichamelijke ziekten zou gaan. Lid 2 bepaalt dat een werkgever een beleid dient te voeren met betrekking tot het beschermen van werknemers tegen seksuele intimidatie en agressie en geweld. Deze vormen van gedrag kunnen heel wel geestelijk letsel teweeg brengen. Een beleid ter voorkoming en bestrijding ervan is derhalve tevens een beleid ter voorkoming van dergelijk letsel.

Andere normen uit de Arbowet die relevant zijn voor (het voorkómen van) psychische ziekte zijn de in artikel 5 vervatte verplichting voor werkgevers om een risico-inventarisatie en evaluatie (RI&E) uit te voeren ten aanzien van de risico's voor de gezondheid en veiligheid die de arbeid met zich brengt, en artikel 8 dat werkgevers verplicht werknemers te informeren over hun werkzaamheden, de daaraan verbonden risico's en de maatregelen om deze risico's te voorkomen of te beperken en om hen onderricht te geven over de omstandigheden waaronder zij hun taken moeten verrichten. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan onderricht over het omgaan met lastige klanten voor werknemers die veel met publiek moeten werken, aan het verstrekken van informatie over de mogelijkheden voor nazorg en opvang aan werknemers die een gerede kans hebben dat zij met ongevallen te maken krijgen (bijv. politie, brandweer etc.), aan het wijzen van werknemers op het bestaan van een klachtenregeling in geval van seksuele intimidatie, enz.

Een aantal algemene verplichtingen uit de Arbowet is nader uitgewerkt in het Arbeidsomstandighedenbesluit.⁹ Hiertoe behoort onder meer artikel 5.9 uit de afdeling over beeldschermwerk. Dit artikel schrijft onder andere voor dat in de RI&E, bedoeld in artikel 5 Arbowet, specifiek aandacht moet worden besteed aan de gevaren van fysieke en psychische belasting als gevolg van arbeid aan een beeldscherm, alsmede dat op basis van de RI&E doeltreffende maatregelen moeten worden genomen om deze gevaren te ondervangen.

7 RPF-GPV, Verslag TK 1997-1998, 25 879, nr. 5, p. 10. Zie ook het commentaar van de PvdA op p. 8 en van D66 op p. 9.

8 Zie noot 7.

9 Besluit van 25 oktober 1999, *Stb.* 1999, 451.

HOOFDSTUK 2

2.2.2 *Arbeidstijdenwet*

Een andere wet die van belang is met het oog op de geestelijke gezondheid van werknemers is de Arbeidstijdenwet.¹⁰ Deze wet stelt grenzen aan het aantal uren dat werknemers, waaronder bijzondere groepen zoals jeugdigen en zwangere vrouwen, mogen werken. De belangrijkste bepalingen in dit opzicht zijn te vinden in de hoofdstukken 4 en 5 die respectievelijk als titel hebben “algemene verplichtingen” en “arbeids- en rusttijden”. In hoofdstuk 4 is, voor zover hier van belang, het volgende bepaald:

Artikel 4

- 1 Bij het voeren van zijn algemeen ondernemingsbeleid richt de werkgever dit beleid, mede met het oog op de veiligheid, de gezondheid en het welzijn in verband met de arbeid, op de arbeids- en rusttijden van de werknemers. Daarbij houdt hij, voor zover dat redelijkerwijs van hem gevegd kan worden, rekening met de persoonlijke omstandigheden van die werknemers (...).
- 3 De werkgever toetst de tot stand gekomen arbeidstijdpatronen aan de ervaringen die daarmee zijn opgedaan, alsmede hoe deze ervaringen zich verhouden met nieuwe ontwikkelingen op het gebied van de organisatie van arbeids- en rusttijden. Indien daartoe aanleiding is, vindt bijstelling van het beleid, bedoeld in het eerste lid, en de daarop gebaseerde arbeidspatronen plaats.

Met het oog op geestelijk letsel is van belang dat een werkgever bij het vaststellen van de arbeidsuren rekening moet houden met de veiligheid, gezondheid en welzijn van de werknemers, én, voor zover dit van de werkgever gevegd kan worden, met hun persoonlijke omstandigheden. Bovendien moet de werkgever zijn beleid aanpassen aan nieuwe inzichten. Blijkt dat een bepaalde arbeidstijdenregeling schadelijk is voor de gezondheid, dan moet de werkgever deze regeling bijstellen. Nu bijvoorbeeld uit onderzoek is gebleken dat ploegdienst voor werknemers het minst schadelijk is indien zij met de klok mee kunnen werken (dus eerst een dag 's morgens, dan de volgende dag 's middags en dan 's avonds), dient een werkgever daarmee zoveel mogelijk rekening te houden.¹¹ Verder is expliciet bepaald in dit artikel dat ook gelet moet worden op het welzijn van de werknemer, dat wil zeggen op zijn psychisch welbevinden, bij het bepalen van de werktijden.

10 Wet van 23 november 1995, houdende bepalingen inzake de arbeids- en rusttijden. Laatste wijziging: *Stb.* 2002, 542.

11 Zie ook het rapport van de Europese Commissie over stress op het werk: European Commission, Directorate-General for Employment and Social Affairs, *Guidance on work-related stress, "Spice of Life – or Kiss of Death?"*, Brussel 1999 (http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/health_safety/publicat/stress_en.pdf, 15 augustus 2004), executive summary, p. viii, and Part I, p. 18-19.

Per 1 juni 2003 is artikel 4:1A Arbeidstijdenwet in werking getreden.¹² Daarin is het volgende bepaald:

Artikel 4

- 1 Artikel 4:1A lid 1: De werkgever houdt, voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevergd, bij de vaststelling van het arbeidstijdpatroon van de werknemer rekening met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer buiten de arbeid, waaronder in elk geval begrepen de (zorg)taken voor kinderen, (afhankelijke) familieleden, verwanten en naasten alsmede maatschappelijke verantwoordelijkheden die door de werknemer worden gedragen.
- 2 Artikel 4:1A lid 2: De werkgever organiseert, voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevergd, de arbeid zodanig dat de werknemer zijn arbeid in een bestendig en regelmatig patroon kan verrichten, mede met het oog op verantwoordelijkheden van de individuele werknemer buiten de arbeid.

Het artikel vloeit voort uit een door de PvdA en de RPF ingediend initiatief-wetsvoorstel.¹³ Doel van het wetsvoorstel was, aldus de memorie van toelichting, om werknemers "meer rechten in handen te geven om zich adequaat te kunnen verweren tegen een al te grote aanslag van de economische dynamiek op hun mentale, fysieke en sociale spankracht" en om stress, burn-out en andere ziekten als gevolg van een te belastende arbeidstijdenregeling tegen te gaan. De opstellers van het wetsvoorstel beoogden dus uitdrukkelijk om een verplichting van de werkgever in de wet op te nemen strekkende tot het beschermen van zijn werknemers tegen psychische ziekten. Overigens is onduidelijk of artikel 4:1A in de praktijk veel zal toevoegen aan artikel 4:1 waarin ook al is bepaald dat de werkgever bij het voeren van beleid ten aanzien van arbeids- en rusttijden rekening moet houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. In de literatuur is artikel 4:1A om die reden aangemerkt als een voorbeeld van symboolwetgeving en is aangegeven dat de praktische betekenis ervan vermoedelijk nihil zal zijn.¹⁴

Met betrekking tot de Arbeidstijdenwet is nog wel relevant dat in hoofdstuk 5 van die wet normen zijn te vinden ten aanzien van de minimaal in acht te nemen rusttijd en het maximaal aantal te werken uren. Artikel 5:5 lid 2 bepaalt dat een werknemer van 18 jaar of ouder ten minste 11 uur per 24 uur rust moet hebben, welke rusttijd één keer per week tot minimaal 8 uur ingekort mag worden. Artikel 5:7 schrijft voor dat de maximale werktijd inclusief overwerk voor een volwassen werknemer 9 uur per dienst bedraagt, 45 uur per week en gemiddeld 40 uur per week per kwartaal. Bij CAO of een met de ondernemingsraad overeengekomen regeling mogen deze arbeidstijden overigens verlengd worden tot

12 *Stb.* 2003, 141.

13 TK 1999-2000, 27 224, nr. 2.

14 W.A. Zondag, "De Wet-Bussemaker/Van Dijke: symboolwetgeving of sociale revolutie?", *ArbeidsRecht* 2003, p. 16-31.

HOOFDSTUK 2

maximaal 10 uur per dienst, 50 uur per week in een periode van 4 weken en gemiddeld 45 uur per week in een kwartaal.¹⁵ De regering is voornemens om deze norm te verruimen in die zin dat in de toekomst nog maar één maximale norm voor de arbeidstijden zal gelden, te weten van gemiddeld 48 uur per week in een kwartaal. Naast dit maximum zal dan een maximum arbeidstijd van 12 uur per dag en 60 uur per week blijven gelden.¹⁶

De hier genoemde grenzen aan de werktijden hebben niet expliciet betrekking op het tegengaan van geestelijk letsel van werknemers. Niettemin zijn zij hiervoor van belang, gezien het feit dat het maken van (te) lange werkweken respectievelijk een bovenmatig aantal overuren, schadelijke gevolgen kan hebben voor zowel de geestelijke als de lichamelijke gezondheid van werknemers. In die zin kunnen de voorschriften uit hoofdstuk 5 van de Arbeidstijdenwet beschouwd worden als geschreven verplichtingen die mede strekken ter bescherming tegen psychische aandoeningen.

2.2.3 Wetsvoorstel inzake klachtrecht

Waar het gaat om de wetgeving verdient tenslotte nog vermelding een initiatief-wetsvoorstel dat in 2000 is ingediend tot invoering van een wettelijk klachtrecht voor werknemers.¹⁷ In dit voorstel krijgen werknemers het recht om een klacht in te dienen bij hun werkgever en wordt de werkgever verplicht hierop gemotiveerd te reageren. De indieners van het wetsvoorstel verwachten dat invoering van een klachtrecht arbeidsverhoudingen kan verbeteren en ziekteverzuim kan verminderen doordat, als een werkgever gemotiveerd op een klacht moet ingaan, er een sfeer kan ontstaan waarin problemen en klachten bespreekbaar zijn. Met name in geval van klachten over de zwaarte van het werkpakket, werksfeer en andere arbeidsomstandigheden, seksuele intimidatie, pesten op het werk en/of bij moeilijkheden vanwege gewetensbezwaren of het combineren van arbeid en zorg zou het klachtrecht volgens hen een rol kunnen spelen.¹⁸

Het betreft hier bijna steeds omstandigheden die in de sfeer van het psychisch welbevinden liggen. Als zodanig kan invoering van dit klachtrecht een werkgever ertoe verplichtingen om serieus in te gaan op klachten van werknemers over psychisch ziekmakende arbeidsomstandigheden. Anderzijds is dit op grond

15 Voor diverse beroepsgroepen gelden overigens specifieke regels op grond van het Arbeidstijdenbesluit. Zie het Besluit van 4 december 1995, houdende nadere regels inzake de arbeids- en rusttijden. Laatste wijziging: *Stb.* 1998, 677.

16 TK 2003-2004, 29 376, nr. 1, p. 7-8. In maart 2005 was nog geen wetsvoorstel ingediend.

17 Initiatief-wetsvoorstel van GroenLinks, PvdA en D66, 30 augustus 2000, TK 1999-2000, 27 274, nrs. 1-3. De behandeling hiervan ligt overigens sinds medio 2001 stil.

18 TK 1999-2000, 27 274, nr. 3, p. 7-8.

van dit wetsvoorstel alleen het geval als een werknemer heeft aangegeven dat er een probleem speelt en dat er actie van de werkgever verwacht wordt.

2.2.4 CAO's

Niet alleen in de wetgeving, maar ook in verschillende CAO's zijn geschreven verplichtingen van de werkgever te vinden strekkende tot bescherming van de werknemer tegen psychische ziekte. Met name over het onderwerp werkdruk worden in CAO's in toenemende mate afspraken gemaakt. Uit onderzoek van de Arbeidsinspectie naar afspraken over arbeidsomstandigheden in CAO's en principeakkoorden, waarbij sinds enkele jaren 131 grotere CAO's steekproefsgewijs worden onderzocht,¹⁹ blijkt dat in de jaren 1998-2002 over het thema werkdruk de meeste nieuwe of gewijzigde afspraken zijn gemaakt. In 2002 werden in 17 van de 74 gesloten principeakkoorden voor nieuwe of gewijzigde CAO's (nieuwe) afspraken gemaakt over arbeidsomstandigheden. In 12 van deze 17 CAO's hadden deze afspraken onder meer betrekking op werkdruk. Zo werd in de CAO voor provinciepersoneel afgesproken dat een arboconvenant gesloten zou worden waarin afspraken zouden worden vastgelegd over de beheersing van de werkdruk. In de CAO's voor de vleessector en voor het taxibedrijf werd overeengekomen dat nader onderzoek naar werkdruk zou plaatsvinden, terwijl in de CAO's voor het levensmiddelenbedrijf en grootwinkelbedrijven in levensmiddelen werd afgesproken dat in de RI&E aandacht zou worden besteed aan de risico's van werkdruk. In de CAO Jeugdhulpverlening hield de afspraak in dat een werkdrukovereenkomst zou worden gesloten om de werkdruk beheersbaar te maken. In andere CAO's werd het voeren of ontwikkelen van een werkdrukbeleid genoemd. In 2003 werd in 12 van de 83 gesloten principeakkoorden voor nieuwe of gewijzigde CAO's afspraken gemaakt over arbeidsomstandigheden. In 7 van deze CAO's hadden de afspraken betrekking op werkdruk.²⁰

Blijkens het onderzoek van de Arbeidsinspectie bevat thans 70% van de 131 steekproef-CAO's (in totaal 91 CAO's) met een bereik van meer dan 80% van alle werknemers afspraken over het thema werkdruk. In 1997 waren dit nog 27 CAO's met een bereik van ruim 16% van de werknemers.²¹

Over seksuele intimidatie, agressie en geweld, onderwerpen die ook in de Arbowet worden genoemd, worden in CAO's reeds sinds enige jaren afspraken gemaakt. Het aantal CAO's lijkt daarbij min of meer stabiel te blijven. Onderzoek door de Arbeidsinspectie dat is afgesloten eind 1997²² leverde op dat in 60 van de

19 Deze CAO's zijn van toepassing op circa 5 miljoen werknemers. Zie hierover de *Arbobalans 2003*, Den Haag, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, p. 68-70.

20 *Arbobalans 2004*, Den Haag 2004, p. 51-52.

21 *Arbobalans 2003*, Den Haag 2003, p. 69. Zie ook *Arbobalans 2004*, Den Haag 2004, p. 52.

22 P.W. Feenstra, *Aspecten van arbeidsomstandigheden in CAO's*, Arbeidsinspectie, Den Haag, November 1998.

HOOFDSTUK 2

onderzochte CAO's met een bereik van ruim 45% van alle werknemers bepalen waren opgenomen over seksuele intimidatie. In 2002 bevatten 61 CAO's met een bereik van 44% van de werknemers afspraken over seksuele intimidatie. Afspraken over agressie en geweld waren in 2002 te vinden in circa 22 CAO's met een bereik van ruim 35% van het totaal aantal werknemers.²³ In 2003 zijn hier nog 3 CAO's bijgekomen.²⁴ De afspraken hebben, waar het seksuele intimidatie betreft, betrekking op het vaststellen van een gedragscode,²⁵ het verplicht instellen van onderzoek en het nemen van maatregelen ter voorkoming van herhaling door een werkgever na een melding van seksuele intimidatie,²⁶ het aanstellen van een vertrouwenspersoon,²⁷ het treffen van een klachtenregeling inclusief benoeming van een klachtencommissie, etc.²⁸ Waar het pesten betreft, gaat het onder meer om afspraken als invoering van een regeling ter bestrijding van ongewenst gedrag op de werkvloer, waaronder dan naast seksuele intimidatie en discriminatie ook pesten valt,²⁹ en invoering van een bepaling dat ongewenst gedrag, waaronder pesten, niet wordt toegestaan en tot sancties kan leiden voor degene die zich daaraan schuldig maakt.³⁰

2.2.5 *Arboconvenanten*

In 1999 is de overheid gestart met een nieuwe aanpak om het arbo- en verzuimbeleid in het bedrijfsleven te stimuleren en te ondersteunen, namelijk door het afsluiten van arboconvenanten met de CAO-partners in bedrijfstakken.³¹ In de convenanten worden verschillende resultaatsverplichtingen opgenomen.³² Eind

23 *Arbobalans 2003*, Den Haag 2003, p. 69.

24 *Arbobalans 2004*, Den Haag 2004, p. 52.

25 CAO Kinderopvang 2004, art. 37.

26 CAO Thuiszorg 2004, art. 55.

27 CAO Wonen Sociaal Fonds 2004, art. 2.

28 CAO voor het Bakkersbedrijf 2004/2009, hoofdstuk 22.

29 Zie voor een klachtenregeling met betrekking tot het voorkomen en bestrijden van ongewenst gedrag bijvoorbeeld de CAO Schoonmaak- en glazenwassersbedrijf 2004-2006, p. 82-91.

30 Vgl. art. 37 lid 1 CAO Linnenverhuur- en Wasserijbedrijven en Textielreinigingsbedrijven 2003/2005.

31 Aldus de *Arbobalans 2002*, Ministerie van SZW, Den Haag 2002, onder 3.7.

32 Arboconvenanten zijn in beginsel niet juridisch bindend voor individuele werkgevers. De convenanten zijn geen CAO's, maar zijn afspraken tussen overheid, werkgeversorganisaties en vakbonden. Om die reden is in sommige CAO's ook wel bepaald dat de uitvoering van het voor die sector afgesloten arboconvenant zal worden gestimuleerd en gesubsidieerd. Zie bijvoorbeeld de CAO Vleeswarenindustrie, Fonds Collectieve Belangen, 2004/2009, art. 2 sub 1 en de CAO Suikerwerk- en Chocolateverwerkende Industrie, Sociaal Fonds 2004/2008, art. 2 sub m.

2004 waren er 57 arboconvenanten en waren er 12 intentieverklaringen getekend voor het afsluiten ervan. Een aantal van deze convenanten zijn een verlenging van eerdere convenanten.³³ De afspraken in afgesloten convenanten gaan met name over de arbeidsrisico's tillen, RSI, werkdruk, geluid, oplosmiddelen, allergene stoffen, verzuimbegeleiding en reïntegratie. Ten aanzien van werkdruk zijn in verschillende arboconvenanten afspraken gemaakt over het binnen een bepaalde termijn terugdringen van het aantal werknemers dat aan een te hoge werkdruk wordt blootgesteld. Een voorbeeld hiervan is het Arboconvenant Uitgeverijbedrijf inzake werkdruk, RSI en vroegtijdige reïntegratie,³⁴ waarin is bepaald dat tenminste 90% van de uitgeverijen vóór 1 april 2004 de specifieke risico's ten aanzien van werkdruk geïnventariseerd moeten hebben en dat het percentage werknemers dat met werkdruk te maken heeft, eind 2006 moet zijn teruggebracht van 91% naar 70% en het percentage werknemers dat met werkstress kampt van 50% tot 35%. *Werkdruk* wordt in dit arboconvenant gedefinieerd als werk waarbij een werknemer structureel onder hoge tijdsdruk of in hoog werktempo werkt en niet kan voldoen aan de gestelde taakeisen, terwijl onder *werkstress* de situatie wordt verstaan waarin een werknemer verkeert ten gevolge van werkdruk. Aanhoudende werkstress kan leiden tot ziekte, aldus het convenant.

Vergelijkbare afspraken als in het Arboconvenant Uitgeverijen zijn te vinden in andere arboconvenanten, zoals onder meer het Arboconvenant Provincies³⁵ en het Arboconvenant Werkdruk Horeca.³⁶ In dit laatste convenant is, behalve terugdringing van het aantal werknemers dat met werkdruk te maken heeft, ook afgesproken dat het houden van werkoverleg gestimuleerd zal worden, taakvariatie zal worden ingevoerd, werkprocessen zullen worden verbeterd en gezorgd zal worden voor voldoende gekwalificeerd kader. De sector heeft voorts een computerprogramma ontwikkeld, de *Quick Scan Werkdruk Horeca*, aan de hand waarvan bedrijven kunnen vaststellen hoe het met de werkdruk onder hun personeel is gesteld, wat de oorzaken van een te hoge werkdruk zijn en in welke richting oplossingen te vinden zijn. Dit programma zal door de Arbeidsinspectie worden betrokken bij haar controles in de bedrijfstak.

De convenantenaanpak wordt uiterlijk in 2007 beëindigd. Het is de bedoeling van de Minister van SZW dat tegen die tijd zoveel mogelijk van de in de arboconvenanten neergelegde afspraken zijn opgenomen in CAO's. Bij de helft van de arboconvenanten was dat medio 2004 overigens reeds het geval.³⁷

33 Zie de *Arbobalans 2004*, Den Haag 2004, p. 48.

34 *Stcrt.* 13 januari 2003, 7, p. 15.

35 Arboconvenant Provincies inzake werkdruk, RSI, verzuimbeleid en reïntegratie, *Stcrt.* 7 maart 2003, 46, p. 19.

36 Arboconvenant Werkdruk Horeca, *Stcrt.* 2000, 133, p. 28. Zie ook *Arbeid Integraal* 2000, p. 110-113.

37 *Arbobalans 2004*, Den Haag 2004, p. 51.

HOOFDSTUK 2

2.2.6 Overige regelingen

Normen ten aanzien van het voorkomen van psychische ziekten door het werk zijn tenslotte te vinden in verschillende overheidsbrochures over dit onderwerp alsmede in handleidingen, gedragscodes etc. van vakbonden en werkgeversorganisaties. Het gaat hierbij niet om wettelijke normen of om normen waaraan werkgevers op basis van hun lidmaatschap van een werkgeversorganisatie zijn gebonden, zoals bij een CAO en, tot op zekere hoogte, de arboconvenanten,³⁸ maar om normen die als zodanig niet rechtstreeks juridisch bindend zijn. Wel kunnen de normen uit handleidingen, brochures, afspraken tussen de sociale partners etc. in de individuele arbeidsovereenkomst doorwerken via open arbeidsrechtelijke normen zoals artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW. De zorgplicht van artikel 7:658 BW wordt immers mede ingevuld door hetgeen in de wetenschap bekend is over bepaalde veiligheids- en gezondheidsrisico's, terwijl bij de invulling van artikel 7:611 BW ook nog meer algemene maatschappelijke opvattingen een rol kunnen spelen. Indien in de wetenschap of maatschappij aanvaarde inzichten worden vertaald in brochures, handleidingen, gedragscodes e.d., kan in de rechtspraak worden aangenomen dat individuele werkgevers met deze inzichten bekend zijn.³⁹

Voorbeelden van handleidingen e.d. die van overheidswege zijn opgesteld zijn onder meer⁴⁰ de handleidingen ten aanzien van agressie en geweld, pesten, seksuele intimidatie en werkdruk en werkdruk en werkdruk die zijn te vinden op de website van het ministerie van sociale zaken en werkgelegenheid.⁴¹ Verder zijn door de Arbeidsinspectie interne instructies opgesteld ten aanzien van agressie en geweld, waaronder pesten, ten aanzien van seksuele intimidatie en ten aanzien van werkdruk en werkdruk.⁴² In deze instructies zijn diverse verplichtingen te vinden die individuele werkgevers in de ogen van de overheid en van de Arbeidsinspectie zouden moeten naleven. De hierin genoemde verplichtingen zullen nader aan de orde komen in deel II van dit boek, waarin aan de hand van de belangrijkste oorzaken van werkgerelateerde psychische ziekten wordt nagegaan welke maatregelen een werkgever moet treffen om deze ziekten te voorkomen.

Aanbevelingen aan individuele werkgevers zijn verder te vinden in een nota van de Stichting van de Arbeid (STAR) van december 1999 over ongewenst gedrag op

38 Zie noot 88.

39 Zie uitgebreid over dit onderwerp en in het bijzonder over doorwerking via art. 7:611 BW: M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Kluwer Deventer 1999.

40 Niet beoogd is om een volledig overzicht van alle relevante publicaties op dit punt te geven.

41 Zie <http://www.minszw.nl>, 15 augustus 2004.

42 Zie <http://arbeidsinspectie.szw.nl> (interne handhavingsinstructies), 15 augustus 2004.

het werk, getiteld "Met alle respect!". In deze nota worden aanbevelingen gedaan om ongewenst gedrag in de onderneming, zowel van werknemers jegens elkaar als tussen werknemers en leidinggevenden en tussen werknemers en klanten of leveranciers te voorkomen. Als ongewenst gedrag merkt de nota in elk geval aan: pesten op het werk, seksuele intimidatie, lichamelijk geweld, discriminatie, diefstal, fraude en vandalisme. Expliciet wordt opgemerkt dat dergelijk ongewenst gedrag tot lichamelijke én geestelijke klachten kan leiden.⁴³

Informatie over door werkgevers te treffen maatregelen ter voorkoming en beperking van werkgerelateerd psychisch letsel is tenslotte in overvloed te vinden bij de vakorganisaties en dan in het bijzonder bij de FNV. De FNV heeft onder meer brochures uitgegeven over pesten op het werk, racisme, seksuele intimidatie en werkdruk. Ook bij de andere vakbonden zijn handleidingen over deze onderwerpen te vinden. Nadere gegevens zijn te vinden via de websites van de diverse vakorganisaties.

2.3 Vindplaatsen van geschreven verplichtingen naar Engels, Duits en Amerikaans recht⁴⁴

2.3.1 Engelse wet- en regelgeving

Het Engelse en het Duitse recht kennen enigszins met het Nederlandse recht vergelijkbare regelgeving ten aanzien van arbeidsomstandigheden en arbeidstijden. Dit is ook niet verwonderlijk nu een belangrijk deel van deze regelgeving tot stand is gekomen op basis van richtlijn 89/391/EEG van 12 juni 1989, de zoge-

43 Stichting van de Arbeid, *Met alle respect! Over bedrijfscultuur en omgangsvormen op de werkplek*, Den Haag 14 december 1999, Publicatienummer 7/99. Zie in het bijzonder pagina 6.

44 In dit verband wordt alleen aandacht besteed aan wetgeving en aan handleidingen opgesteld door overheidsinstanties. Mogelijk worden ook in overeenkomsten tussen de sociale partners in Engeland, Duitsland en de VS afspraken gemaakt over het voorkomen van werkgerelateerd psychisch letsel. Ook is het mogelijk dat instanties die wettelijk verplichte directe verzekeringen uitvoeren, zoals de *workers' compensation boards* in de VS en de *Berufsgenossenschaften* in Duitsland – zie hierover respectievelijk § 8.2 en § 9.2 – normen opstellen en uitdragen ter preventie van werkgerelateerde psychische ziekten. Het uitzoeken daarvan is te arbeidsintensief. Overigens lijkt er een redelijke consensus te bestaan over welke maatregelen werkgevers moeten treffen ter voorkoming van psychische ziekten door het werk. In deel II van dit boek zal hierop nader worden ingegaan.

45 Richtlijn van de Raad van de Europese Unie van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk, *PbEG* 1989, L. 183.

HOOFDSTUK 2

naamde kaderrichtlijn betreffende de veiligheid en gezondheid op het werk,⁴⁵ en richtlijn 93/104/EEG van 23 november 1993 met betrekking tot de arbeidstijden.⁴⁶

De belangrijkste algemene veiligheidswet in het Engelse recht is de *Health and Safety at Work Act 1974*. Deze wet verplicht elke werkgever “to ensure, so far as is reasonably practicable, the health, safety and welfare at work of all his employees”⁴⁷ en bevat daarnaast meer specifieke regelingen met betrekking tot de veiligheid van de werkplek, training voor werknemers, bescherming tegen gevaarlijke stoffen etc. Verder zijn in 1992 naar aanleiding van de kaderrichtlijn van de EG de *Management of Health and Safety at Work Regulations (MHSW Regulations)*⁴⁸ tot stand gekomen. Deze regelingen schrijven onder andere voor dat een werkgever een risicoanalyse moet uitvoeren en aldus in kaart moet brengen welke gevaren zijn verbonden aan welke werkzaamheden en dat hij vervolgens naar aanleiding daarvan beschermende maatregelen moet treffen. De wet bevat in dit opzicht vergelijkbare bepalingen aan die van de Nederlandse Arbowet, welke eveneens op de EG kaderrichtlijn berust. De HSWA en de MHSW bevatten, vanwege hun algemene karakter, geen specifieke voorschriften met betrekking tot psychisch letsel. De richtlijn met betrekking tot de arbeidstijden is – nadat door het Europese hof was geoordeeld dat het Verenigd Koninkrijk aan deze richtlijn gebonden was⁴⁹ – uitgewerkt in de *Working Time Regulations 1998*. Hierin wordt de gemiddelde wekelijkse arbeidstijd beperkt tot 48 uur, zij het dat deze beperking geldt over een periode van 17 weken. Het is dus mogelijk dat in de ene week meer wordt gewerkt dan in de andere, mits dit op een later moment gecompenseerd wordt. Anders dan in het Nederlandse recht kunnen werknemers naar Engels recht onder bepaalde voorwaarden afstand doen van de bescherming van deze regelgeving.⁵⁰

De verplichting ter voorkoming en bestrijding van seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras is in het Engelse recht niet in de arbeidsomstandighedenregelgeving neergelegd, maar in de antidiscriminatiewetgeving, namelijk in de *Sex Discrimination Act 1975 (SDA)* en de *Race Relations Act 1976 (RRA)*. Het gaat daarbij om intimidatie die tevens kan worden aangemerkt als discriminatie. Is

46 Richtlijn van de Raad van de Europese Unie betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, *PbEG* 1993, L. 307.

47 *Health and Safety at Work Act*, section 2 (1).

48 Zie hierover meer uitgebreid S. Deakin and G.S. Morris, *Labour Law*, Londen 1998, p. 326-329.

49 *United Kingdom v Council of the European Union* [1997] IRLR 30.

50 Zie hierover G. Pitt, *Employment Law*, Londen 2000, p. 188. Het is overigens twijfelachtig of deze mogelijkheid rechtsgeldig is.

51 Vgl. *Wadman v Carpenter Farrer Partnership*, [1993], IRLR 374 (Employment Appeal Tribunal); *Stewart v Cleveland Guest (Engineering) Ltd.* [1994] IRLR 440 (Employment Appeal Tribunal). Zie ook A. McColgan, “Sexual Harassment, Sex Discrimination and Unfair Dismissal”, *Industrial Law Journal* 1995, p. 181-186.

dat niet het geval, dan kan geen beroep worden gedaan op de SDA en de RRA.⁵¹ Naast wettelijke voorschriften zijn er in het Engelse recht ook verschillende publicaties te vinden van (semi-)overheidsinstellingen over preventie van psychische beroepsziekten. De belangrijkste instantie in dit opzicht is de *Health and Safety Executive* (HSE), de Engelse organisatie die toeziet op de naleving van de arbeidsomstandighedenregelgeving en die als zodanig te vergelijken is met de Nederlandse Arbeidsinspectie. De HSE heeft onder meer *guidelines* gepubliceerd ten aanzien van werkgerelateerd geweld en ten aanzien van stress. Werkgerelateerd geweld wordt door de HSE gedefinieerd als “any incident in which a person is abused, threatened or assaulted in circumstances relating to their work.” Het kan hierbij zowel om verbaal misbruik als om fysieke aanvallen gaan. De HSE heeft hierbij met name het oog op agressie en geweld van derden, zoals klanten, publiek etc. In de *guidelines* worden aanbevelingen gegeven omtrent het voorkomen van agressie en geweld van derden en omtrent de opvang van slachtoffers. In dit laatste opzicht wordt gesuggereerd dat behoefte kan bestaan aan *debriefing*, *time off work* en *legal help*, terwijl het daarnaast zo kan zijn dat collega’s van de werknemer die arbeidsongeschikt is geworden door de agressie of het geweld ook bijstand behoeven.⁵² Met betrekking tot stress heeft de HSE de brochure *Work-related stress, a short guide* gepubliceerd.⁵³ De HSE definieert stress als “the adverse reaction people have to excessive pressure”. Werkgevers zijn gehouden, aldus de HSE, om te voorkomen dat werknemers ziek worden door hun werk. Hiertoe behoort ook ziekte als gevolg van stress. In de handleiding wordt een groot aantal tips voor leidinggevendenden gegeven. Volgens de HSE gaat het daarbij feitelijk slechts om goed management:

“Our belief is that plain good management can reduce workrelated stress where it is already occurring, and can prevent it in the first place”

aldus de HSE. In vervolg op deze *guidelines* heeft de HSE eind 2004 *The Management Standards for Tackling Work Related Stress* gepubliceerd.⁵⁴ De HSE noemt daarin doelstellingen op zes gebieden, te weten: taakeisen, controle, ondersteuning, relaties, positie in de onderneming, en reorganisatie.⁵⁵ Ten aanzien van elk van deze doelstellingen wordt aangegeven wat de ideale situatie is, dus wanneer

52 Health & Safety Executive, *Violence at Work, A guide for employers*, <http://www.hse.gov.uk/pubns/indg69.pdf>, 15 augustus 2004.

53 Health & Safety Executive, *Work-related stress, a short guide*, <http://www.hse.gov.uk/pubns/indg281.pdf>, 15 augustus 2004. Naast deze korte gids heeft de HSE ook nog uitgebreidere boekjes samengesteld. Deze worden ook genoemd op de website.

54 <http://www.hse.gov.uk/stress/standards/index.htm>, 26 juni 2005.

55 In het Engels: *Demands, control, support, relationships, role and change*. Zie <http://www.hse.gov.uk/stress/standards/index.htm>, 26 juni 2005.

HOOFDSTUK 2

de doelstelling bereikt is, en hoe dit concreet moet gebeuren. Eén element dat daarbij steeds terugkeert is dat elke onderneming een regeling moet kennen voor de behandeling van klachten van werknemers over hun werksituatie.⁵⁶

2.3.2 Duitse wet- en regelgeving

In het Duitse recht is de EG kaderrichtlijn hoofdzakelijk geïmplementeerd door middel van het *Arbeitsschutzgesetz*.⁵⁷ Ook deze wet bevat met name algemene, weinig gedetailleerde bepalingen. Kern van de wet is dat de werkgever verplicht is om maatregelen te nemen om de veiligheid en de gezondheid van werknemers te beschermen. In dit verband dient de werkgever onder meer de veiligheids- en gezondheidsrisico's in zijn onderneming te inventariseren en maatregelen te treffen om de verwezenlijking daarvan te voorkomen. Het *Arbeitsschutzgesetz* is uitdrukkelijk ook gericht op gevaren voor de psychische gezondheid van werknemers. Tot de te nemen maatregelen behoren, aldus § 2 I van de wet ook die maatregelen die "die arbeitsschutznahen Aspekte der menschengerechten Gestaltung der Arbeit" betreffen. Dat betekent dat de werkgever bij de inrichting van de werkplek en de vormgeving van het werk ook rekening dient te houden met inzichten uit de arbeidspsychologie. Ook dient de werkgever eentonig werk zoveel mogelijk te voorkomen. Het *Arbeitsschutzgesetz* is, evenals de Nederlandse Arbowet, een dynamische wet in die zin dat de werkgever regelmatig moet evalueren of getroffen maatregelen nog steeds voldoen en dat hij, als dat niet het geval is, deze moet aanpassen aan nieuwe wetenschappelijke inzichten.

De EG richtlijn inzake de arbeidstijden is in het Duitse recht uitgewerkt in de *Arbeitszeitordnung* (AZO). Ook deze schrijft voor dat in beginsel niet meer dan acht uur op een dag gewerkt mag worden en niet meer dan 48 uur per week. Op dit uitgangspunt zijn echter verschillende uitzonderingen. De praktische betekenis van het AZO is in het Duitse recht evenwel gering omdat de belangrijkste bepalingen ten aanzien van arbeidstijden in de diverse CAO's te vinden zijn. In veel van deze CAO's wordt uitgegaan van een werkweek van minder dan 40 uur per week.⁵⁸ Het werken gedurende meer dan 48 uur per week komt in Duitsland derhalve nauwelijks voor, althans op papier.

56 Twee van de doelstellingen, ten aanzien van *Demands* en *Control* zullen in § 13.5.1 meer in detail worden besproken.

57 *Voluit Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit*. Zie hierover O. Wlotzke, "Das neue Arbeitsschutzgesetz – zeitgemäßes Grundlagengesetz für den betrieblichen Arbeitsschutz", *NZA* 1996, p. 1017-1024.

58 Aldus T. Thees, *Das Arbeitnehmer-Persönlichkeitsrecht als Leitidee des Arbeitsrechts*, diss. Berlijn 1995, p. 274. Inmiddels staan de korte werkweken in Duitsland wel onder druk, vanwege de verslechterde economische situatie.

De verplichting van de werkgever om werknemers tegen seksuele intimidatie te beschermen is ook in het Duitse recht neergelegd in een aparte regeling en niet in de arbeidsomstandighedenregelgeving. In het Duitse recht is deze aparte regeling te vinden in het *Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz* (kort: het *Beschäftigtenschutzgesetz*). Het Duitse recht kent geen aparte regeling inzake intimidatie op grond van ras op de werkplek.

In Duitse overheidspublicaties, gericht aan werkgevers, wordt waar het gaat om gevaren voor de psychische gezondheid van werknemers, met name aandacht besteed aan stress en aan pesten (*Mobbing*). Met betrekking tot *Mobbing* is veel informatie te vinden op de website van het *Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit*.⁵⁹ Onder meer wordt daarop vermeld welke verplichtingen werkgevers hebben ter voorkoming van pesten, wat werknemers kunnen doen als zij gepest worden, welke rechten zij hebben etc. Verder wordt verwezen naar diverse onderzoeken over dit onderwerp. Ook voor psychisch letsel als gevolg van stress bestaat in Duitsland veel aandacht. Door het Ministerie voor Economie en Arbeid is het zogeheten *Initiative Neue Qualität der Arbeit* opgezet.⁶⁰ In het kader van dit project wordt onderzoek gedaan naar onder meer de oorzaken van stress, de mogelijkheden tot preventie, goede praktijkvoorbeelden etc. De Duitse wetgever heeft tot nog toe geen publicaties uitgegeven, zoals de Engelse *Health and Safety Executive*, waarin wordt aangegeven wat een werkgever moet doen om ziekte als gevolg van stress te voorkomen. Door het *Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit* wordt in dit opzicht doorverwezen naar initiatieven van de vakbonden, de Europese Unie en de Internationale Arbeidsorganisatie.

2.3.3 Amerikaanse wet- en regelgeving

Het Amerikaanse recht kent een algemene wettelijke regeling inzake de arbeidsomstandigheden die voor alle staten geldt, namelijk de *Occupational Safety and Health Act of 1970 (OSH-Act)*.⁶¹ Deze wet verplicht werkgevers in de eerste plaats om het werk en de werkplek zodanig in te richten dat de werknemer geen risico loopt op overlijden of ernstig fysiek letsel en in de tweede plaats om de nadere regels die zullen worden vastgesteld op basis van de wet na te leven. De *OSH-Act* richt zich aldus, zoals blijkt uit de als eerste geformuleerde verplichting van werkgever, primair op het voorkomen van overlijden en fysiek letsel. De nadere regels die op basis van de wet zijn vastgesteld, hebben ook vrijwel uitsluitend betrekking op gevaren voor de fysieke gezondheid. Uitzondering is de aandacht

59 Zie <http://www.bmwa.bund.de/Navigation/Arbeit/Arbeitsrecht/mobbing.html>, 1 april 2005.

60 Zie <http://www.inqa.de/Inqa/Navigation/Themen/psychische-belastungsstress.html>, 1 april 2005.

61 De volledige wettekst is te vinden op <http://www.osha.gov/>, 15 augustus 2004. Op deze website is ook uitgebreide informatie te vinden over wetgeving inzake arbeidsomstandigheden, handhaving daarvan etc.

HOOFDSTUK 2

die sinds 1998 bestaat voor de gevaren voor de fysieke én de psychische gezondheid van geweld op het werk. Ten aanzien van dit onderwerp heeft de instantie die toeziet op de naleving van de *OSH-Act* en die bezighoudt met het ontwikkelen en bijhouden van de normen, OSHA (*Occupational Safety & Health Administration*) een aantal aanbevelingen vastgesteld voor werkgevers. Deze houden onder meer in dat een werkgever als beleid kenbaar moet maken dat geweld wordt afgekeurd, dat alle gebeurtenissen waarbij sprake is geweest van geweld serieus moeten worden genomen, moeten worden onderzocht en moeten worden aangepakt, dat beleid moet worden gevoerd en gehandhaafd ten aanzien van het behoud van veiligheid op de werkplek, dat werknemers moeten worden aangemoedigd om met suggesties voor verbetering te komen en dat voldoende nazorg moet worden besteed aan de slachtoffers van geweld.⁶²

De afzonderlijke staten zijn bevoegd om zelf verdere wetgeving op te stellen ten aanzien van de arbeidsomstandigheden. Indien zij dit wensen te doen op een gebied waarop ook een federale standaardnorm is ontwikkeld, is hiervoor goedkeuring van de minister van Arbeid vereist. Deze goedkeuring zal alleen verleend worden als de norm die de staat wenst toe te passen dezelfde bescherming verleent als de norm die op basis van de *OSH-Act* is ontwikkeld en als het opstellen van de norm, voor zover deze van toepassing is op staatsoverschrijdende handel, noodzakelijk is op grond van lokale omstandigheden en niet onnodig belemmerend is voor de staatsoverschrijdende handel.⁶³ Zijn op bepaalde terreinen geen federale normen ontwikkeld, dan zijn staten dus vrij om zelf normen te ontwikkelen voor zover deze de handel tussen staten niet onnodig belemmeren. De staten kunnen dus ook normen ontwikkelen ten aanzien van risico's op psychisch letsel door het werk voor zover daarbij aan genoemde voorwaarden wordt voldaan.⁶⁴

Overigens wordt er op federaal niveau wel onderzoek gedaan naar risico's op beschadiging van de geestelijke gezondheid op het werk, namelijk door NIOSH, *the National Institute for Occupational Safety and Health*. Deze organisatie is verantwoordelijk voor het doen van onderzoek naar werkgerelateerde ziekten en ongevallen en het opstellen van aanbevelingen ter voorkoming daarvan. Het NIOSH houdt zich echter, anders dan OSHA, niet bezig met het opstellen van standaard-

62 Occupation Safety & Health Administration (US), *Recommendations for Workplace Violence Prevention Programs in Late-Night Retail Establishments*, U.S. Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration, OSHA 3153, 1998. Internet: <http://www.osha-slc.gov/SLTC/workplaceviolence/index.html>, 15 augustus 2004.

63 Art. 18 *OSH-Act*.

64 Het vergt teveel tijd en uitzoekwerk om van elke afzonderlijke staat na te gaan of daar normen zijn ontwikkeld ten aanzien van psychisch letsel. In de literatuur over de grondslagen voor vergoeding van werkgerelateerd psychisch letsel en over de in dit opzicht bestaande rechtspraak heb ik in elk geval geen aanwijzingen aangetroffen voor het bestaan van dergelijke normen.

normen en het toezien op de naleving daarvan. Wel kan uiteraard *input* door NIOSH leiden tot het opstellen van een bepaalde norm door OSHA. In dit opzicht is bijvoorbeeld relevant dat het NIOSH een onderzoek heeft gedaan naar stress op het werk (*Stress at Work*).⁶⁵ Daarin zijn verschillende aanbevelingen gedaan ten aanzien van het opzetten van een 'stress preventie programma'. Werkgevers in de Verenigde Staten zijn op grond van de antidiscriminatiewetgeving gehouden om maatregelen te nemen ter bescherming van werknemers tegen seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras, willen zij aansprakelijkheid hiervoor ontlopen. *Title VII* van de *Civil Rights Act 1964* bepaalt dat een werkgever onrechtmatig handelt indien hij een werknemer ongelijk behandelt op het gebied van loon, arbeidsvoorwaarden of voordelen voortvloeiend uit het werk vanwege het ras, de huidskleur, de godsdienst, de sekse of de nationale herkomst van die werknemer.⁶⁶ In de rechtspraak is beslist dat de wet ook strekt tot bescherming tegen intimidatie op grond van één van de in *Title VII* genoemde hoedanigheden.⁶⁷

2.4 Onderzoek en aanbevelingen van de Internationale Arbeidsorganisatie en de Europese Unie

Niet alleen individuele landen, maar ook internationale organisaties houden zich bezig met onderzoek naar psychische ziekten als gevolg van het werk en mogelijkheden tot preventie van deze ziekten. Belangrijk onderzoek wordt met name gedaan door de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO of *ILO*) en het Europees agentschap voor veiligheid en gezondheid op het werk (OSHA), een EU-instelling. Inmiddels is er zoveel informatie beschikbaar dat hiervan niet eenvoudigweg meer een overzicht kan worden gegeven. Vermeldenswaard is in elk geval het onderzoek dat de IAO heeft gedaan naar het voorkómen van stressgerelateerde ziekten.⁶⁸ De IAO geeft aan dat werkstress te vaak wordt beschouwd als een persoonlijk probleem van de individuele werknemer, dat aangepakt moet worden met op hem gerichte trainingen, begeleiding etc. Volgens de IAO blijkt uit onderzoek dat dergelijke programma's wel effect kunnen hebben op de korte termijn, maar dat deze op de lange termijn geen resultaat opleveren. Effectiever is, aldus de IAO, om werkstress zowel op het niveau van de individuele werkne-

65 NIOSH publication nr. 99-101, te vinden op <http://www.cdc.gov/niosh/99-101pd.html>, 15 augustus 2004.

66 Civil Rights Act 42 U.S.C. 2000e-2(a)(1) (1994).

67 *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57 (Supreme Court, 1986).

68 <http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/stress/prevpgm.htm#effective>, 15 augustus 2004. Stress moet hier in brede zin worden opgevat, dat wil zeggen dat daaronder niet alleen overbelasting en te hoge werkdruk valt, maar alle problemen die een gevolg zijn van een discrepantie tussen de capaciteiten van een werknemer en hetgeen op het werk van hem verlangd wordt.

HOOFDSTUK 2

mer als op het niveau van de organisatie aan te pakken. De IAO verwijst in dit opzicht naar de initiatieven die de Engelse overheid, in het bijzonder de HSE, heeft genomen⁶⁹ en naar de leidraad die in 2000 is gepubliceerd door het Directoraat-Generaal voor Werk en Sociale zaken van de Europese Unie.⁷⁰ Deze leidraad is de moeite van het vermelden waard omdat daarin een groot aantal concrete aanbevelingen wordt gedaan voor het voorkómen van psychische ziekten door het werk. Het gaat daarbij om de volgende aanbevelingen:⁷¹

- Geef werknemers voldoende tijd om het werk te doen.
- Stel een duidelijke functieomschrijving op.
- Beloon goed functioneren.
- Bied de mogelijkheid klachten te uiten en zorg voor een snelle en adequate reactie daarop.
- Breng de verantwoordelijkheid en bevoegdheden van een werknemer op één lijn.
- Maak het doel en de normen van de organisatie duidelijk en laat deze voor zover mogelijk aansluiten bij de doelen en waarden van de werknemer persoonlijk.
- Bevorder dat werknemers controle kunnen uitoefenen over door hen verricht werk.
- Bevorder tolerantie, veiligheid en rechtvaardigheid op de werkplek.
- Hef schadelijke fysieke omstandigheden op.
- Leer van ervaringen via een systeem van *internal control*.
- Pas werktijden zoveel mogelijk aan privé-verantwoordelijkheden aan.
- Laat werknemers deelnemen aan beslissingen over hun werk.
- Pas opdrachten aan de capaciteiten van werknemers aan en gun tijd voor herstel van moeilijke/zware taken.
- Bied mogelijkheden voor sociale contacten, onder meer tussen collega's.
- Vermijd onzekerheid over de toekomst en bevorder levenslang leren.

Op deze, en andere relevante aanbevelingen zal worden teruggekomen in deel II van dit boek bij bespreking van de zorgplicht van de werkgever ter voorkoming van werkgerelateerde psychische ziekten en in het bijzonder in hoofdstuk 13 met betrekking tot ziekte door overbelasting.

69 Zie § 2.3.1.

70 European Commission, Directorate-General for Employment and Social Affairs, *Guidance on work-related stress, "Spice of Life – or Kiss of Death?"*, Brussel 1999, http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/health_safety/publicat/stress_en.pdf, 15 augustus 2004. Zie ook Europees Agentschap voor veiligheid en gezondheid op het werk, *Arbeidsgebonden stress*, juni 2000: <http://agency.osha.eu.int/publications/factsheets/8/nl/index.htm>, 15 augustus 2004.

71 Vgl. het rapport van de Europese Commissie, genoemd in noot 67 van dit hoofdstuk, *Executive summary*, p. vii-viii.

2.5 Psychische en psychiatrische ziektebeelden

2.5.1 Inleiding

Zoals in § 2.1 is aangegeven, is de bedoeling van dit hoofdstuk niet alleen om een overzicht te geven van de belangrijkste algemene geschreven normen die gelden in de rechtsstelsels die in dit boek worden beschreven, maar ook om achtergrondinformatie te geven over psychische ziekten die het gevolg kunnen zijn van gebeurtenissen in de werksfeer. Het gaat daarbij zowel om in de psychiatrie erkende ziekten als om overige psychische ziekten. Het onderscheid tussen beide vormen van ziekte is juridisch relevant omdat in sommige rechtsstelsels – in het bijzonder in het Engelse recht – voor het recht op vergoeding van psychisch letsel als voorwaarde wordt gesteld dat sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.⁷² In het Nederlandse recht wordt wel betoogd dat alleen recht op smartengeld wegens geestelijk letsel zou moeten bestaan in geval van een erkende psychiatrische ziekte, maar lijkt die eis door de Hoge Raad niet (langer) gesteld te worden.⁷³ Wordt een dergelijk vereiste gehanteerd, dan is het van belang of medische rapportage voorhanden is waarin wordt vastgesteld of sprake is van psychiatrisch ziektebeeld. Is het bestaan van een psychiatrische ziekte geen voorwaarde voor het recht op schadevergoeding, dan is het in beginsel voldoende dat kan worden vastgesteld dat een reële psychische ziekte aanwezig is.⁷⁴ Medische rapportage is ook in die gevallen van belang voor het vaststellen van het recht op schadevergoeding, maar niet doorslaggevend is of daarin al dan niet wordt geconcludeerd tot het bestaan van een psychiatrische ziekte.

2.5.2 Classificatiesystemen en richtlijnen voor vaststellen psychische ziekte

Voor het vaststellen van psychiatrische ziekten wordt in veel landen, waaronder in de in dit boek onderzochte rechtsstelsels, gebruik gemaakt van de twee internationale classificatiesystemen die er op dit vlak bestaan: de *Diagnostic and Statistic Manual of Mental Disorders* van de *American Psychiatric Association*, ook wel aangeduid als DSM en de *International Classification of Diseases and Related Health*

72 Op het juridische schadebegrip zal verder worden ingegaan in § 3.9, § 7.4.4, § 9.3.1, § 9.4, § 17.3.8 en § 17.3.9.

73 Zie uitgebreid hierover § 3.9.3.

74 In het Amerikaanse recht wordt in dit opzicht gesproken van een ziekte die *both medically diagnosable and medically significant* is. Zie onder andere *Bass v. Nooney Co.*, 646 S.W. 2d 765, 772-773 (Montana 1983). Zie verder Chr. M. Shields, "Carlisle v. Consolidated Rail Corp. and Justice Ginsburg's Dissent: Striking an Equitable Compromise between the Interests of Labor and Management regarding FELA Liability for Work-related Stress", 39 *Villanova Law Review* 197, 1994, § IV. Zie voor een bespreking van het Nederlandse recht op dit punt: § 3.9.1 en § 3.9.2.

HOOFDSTUK 2

Problems, de ICD, van de Wereldgezondheidsorganisatie. Van de DSM wordt momenteel de vierde editie gehanteerd, de DSM-IV, en van de ICD de tiende, de ICD-10. De DSM-IV wordt het meest frequent geraadpleegd.⁷⁵ Daarnaast zijn voor het Nederlandse recht de richtlijnen van het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB)⁷⁶ en de Richtlijn Psychische Klachten van de Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde (NVAB)⁷⁷ relevant. Arboartsen die vaststellen dat een werknemer aan een beroepsziekte lijdt, zijn verplicht dit aan het NCvB te melden.⁷⁸ Met het oog op die melding heeft het NCvB voor een aantal beroepsziekten, waaronder burn-out en posttraumatische stress stoornis,⁷⁹ registratierichtlijnen opgesteld met daarin informatie over diagnostiek en meldingscriteria. Deze richtlijnen zijn echter niet alleen relevant voor Arboartsen, maar kunnen ook door andere artsen en niet-medici gebruikt worden voor de beoordeling of bij een bepaalde werknemer al dan niet sprake is van een beroepsziekte.⁸⁰ De NVAB heeft een richtlijn opgesteld voor de diagnostisering en behandeling van psychische klachten omdat bedrijfsartsen in de praktijk veelvuldig worden geconfronteerd met dit type klachten.⁸¹ De richtlijn van de NVAB dient dus ter ondersteuning van bedrijfsartsen bij hun werkzaamheden. De richtlijn bevat criteria voor de vaststelling van stressgerelateerde stoornissen, depressieve stoornissen, angststoornissen, en overige psychiatrie.

75 Zie over de DSM-IV en de ICD-10: de Law Commission, *Liability for psychiatric illness*, report no. 249, Londen, 1998, p. 39, en Des A. Butler, *Employer liability for workplace trauma*, Aldershot, Hants, Great Britain, 2002, p. 11.

76 Het NCvB verzamelt als landelijk kennisinstituut gegevens over beroepsziekten, met als doel professionals in de praktijk en beleidsmakers te ondersteunen bij de preventie van beroepsziekten en het beperken van de schadelijke gevolgen ervan. Zie voor algemene informatie over het NCvB: <http://www.beroepsziekten.nl>, 15 augustus 2004.

77 De NVAB is een beroepsvereniging van bedrijfsartsen en heeft als doel het bevorderen van de arbeids- en bedrijfsgeneeskunde in de ruimste zin, als wetenschap en beroepsuitoefening. Daarnaast houdt de NVAB zich bezig met de belangenbehartiging van haar leden en andere bedrijfsartsen. Zie voor algemene informatie: <http://www.nvab-online.nl/>, 21 maart 2005.

78 Art. 9 lid 2 Arbowet.

79 Zie hierna, § 2.5.3 en § 2.5.4.

80 De invalshoek is dus een andere dan in de DSM-IV en de ICD-10. Dat zijn classificatiesystemen voor psychiatrische ziekten, terwijl de richtlijnen van het NCvB betrekking hebben op alle soorten beroepsziekten. Daarnaast zijn de richtlijnen van het NCvB vooral bedoeld voor registratie van beroepsziekten en voor ontwikkeling van de kennis daarover en niet zozeer als basis voor diagnose en behandeling.

81 Zie voor deze richtlijn http://nvab.artsennet.nl/uri/?uri=AMGATE_6059_340_TICH_R138479384865747, 21 maart 2005.

2.5.3 ASS en PTSS

Waar het gaat om de vergoeding van psychisch letsel dat het gevolg is van een traumatische/schokkende gebeurtenis gaat de meeste aandacht van medici en juristen uit naar de posttraumatische stress stoornis, oftewel PTSS.⁸² Deze ziekte is ook, samen met burn-out,⁸³ opgenomen als arbeidsgebonden psychische aandoening in het overzicht van beroepsziekten van het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten.⁸⁴ In het overzicht wordt aangegeven dat er twee vormen van traumatische stress stoornissen zijn, de acute stress stoornis (ASS) en de meer chronische posttraumatische stress stoornis. Essentieel voor een diagnose PTSS of ASS is, aldus het NCvB, dat de betrokkene een gebeurtenis heeft meegemaakt die als traumatisch kan worden omschreven. Onder een traumatische ervaring wordt in dit verband verstaan een gebeurtenis die een dreigende dood of ernstige verwonding met zich meebrengt, of die een bedreiging vormt voor de lichamelijke integriteit van de persoon (bijvoorbeeld verkrachting). De gebeurtenis kan direct zijn, dat wil zeggen dat de eigen persoon of een directe naaste wordt bedreigd, of indirect, namelijk in geval van het zijn van getuige van een ernstig ongeval. Indien de klachten binnen vier weken na het trauma optreden, langer duren dan twee dagen en binnen vier weken na de gebeurtenis weer verdwenen zijn, is er sprake van een ASS. Indien de klachten beginnen na of voortduren tot meer dan vier weken na de gebeurtenis, wordt gesproken van een PTSS.

In de richtlijn van de NVAB wordt geen specifieke diagnose vermeld van PTSS of ASS, maar wordt PTSS ondergebracht in een meer algemene categorie angststoornissen. Op deze categorie kom ik hieronder nog terug in § 2.5.6.

In de DSM-IV wordt PTSS gedefinieerd als een angststoornis en in de ICD-10 als een ziekte als gevolg van hevige stress. De diagnostische criteria in de DSM-IV zijn de volgende: (1) dat sprake is geweest van een traumatische ervaring in de betekenis als aangegeven in de vorige alinea⁸⁵ en dat deze bij de betrokkene intense angst, gevoelens van hulpeloosheid of afschuw teweeg heeft gebracht, (2) dat de traumatische gebeurtenis voortdurend wordt herbeleefd, bijvoorbeeld door nachtmerries, flashbacks, zich opdringende onaangename herinneringen etc., (3) dat de betrokkene systematisch prikkels vermijdt die bij de traumatische ervaring horen of in het algemeen afgestompt raakt, (4) dat de betrokkene lijdt

82 In de Engelse literatuur wordt in dit opzicht gesproken van 'post-traumatic stress disorder', oftewel PTSD. De Duitse term is *Posttraumatische Belastungsstörung*.

83 Op burn-out wordt ingegaan in § 2.5.4.

84 Zie registratierichtlijn E 001: <http://www.beroepsziekten.nl/datafiles/E001%20traumatische%20stress%20stoornis.pdf>, 15 augustus 2004.

85 In DSM-IV wordt op dit punt aangegeven dat ook de diagnose van een levensbedreigende ziekte een traumatische gebeurtenis kan zijn die PTSS veroorzaakt.

HOOFDSTUK 2

onder een verhoogde prikkelbaarheid, blijkend uit moeite met inslapen of door-slapen, prikkelbaarheid of woedeuitbarstingen, concentratieproblemen, overmatige waakzaamheid of overdreven schrikreacties (van deze symptomen dienen er twee of meer aanwezig te zijn), (5) dat de duur van de onder 2, 3 en 4 genoemde symptomen tenminste één maand is, en (6) dat de stoornis aanzienlijk lijden en/of slechter functioneren op sociaal, beroepsmatig of ander gebied veroorzaakt.⁸⁶

Uit onderzoek blijkt dat traumatische ervaringen uit het verleden, andere actuele stressvolle omstandigheden op of buiten het werk, en de persoonlijkheid van de betrokken werknemer, een versterkende werking kunnen hebben op het ontstaan van een PTSS na een traumatische gebeurtenis. Het is echter niet noodzakelijk dat sprake is van predispositie. Ook werknemers die tot aan de traumatische gebeurtenis geheel geestelijk gezond waren, kunnen onder omstandigheden een PTSS ontwikkelen. Met name de ernst en de duur van de traumatische ervaring zijn daarbij belangrijke aspecten.

Omdat aan de criteria voor een ASS en een PTSS alleen is voldaan als een traumatische gebeurtenis heeft plaatsgevonden, zijn deze ziekten in juridisch opzicht met name van belang voor werknemers met shock- of angstschade. Daarbij is sprake van schade als gevolg van een schokkende gebeurtenis of van hevige angst voor een ernstige levensbedreigende ziekte na één of meerdere gebeurtenissen op het werk die een dergelijke ziekte teweeg kunnen brengen. Daarmee is echter niet gezegd dat het meemaken van een schokkende of potentieel levensbedreigende gebeurtenis op het werk steeds tot een ASS of een PTSS leidt. In de eerste plaats worden de meeste werknemers ook in een dergelijk geval niet psychisch ziek.⁸⁷ In de tweede plaats kunnen traumatische ervaringen ook andere psychiatrische ziekten teweeg brengen dan een ASS of een PTSS, bijvoorbeeld een depressieve stoornis, een aanpassingsstoornis of een ander soort angststoornis.⁸⁸

86 Zie ook A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU Amsterdam), Nijmegen 2002, p. 118-119.

87 Harde cijfers in dit opzicht zijn er niet omdat veel afhangt van de specifieke omstandigheden van het geval en van aspecten betreffende de werknemer zelf, zoals eventuele eerdere ervaringen, training, sociaal-economische status, opvang na de gebeurtenis etc.

88 In de literatuur wordt sinds kort ook aandacht gevraagd voor een 'nieuwe' psychiatrische stoornis, nog zonder officiële DSM codering, namelijk de *Trauma Associated Narcissistic Symptoms (TANS)*. De symptomen van deze stoornis lijken op die van een PTSS, maar er zijn geen uitgesproken klachten, de patiënt heeft geen nachtmerries en geen herbelevingen en wordt gedreven door woede, schaamte en vernedering in plaats van door angst. Door Vermetten wordt opgemerkt dat deze stoornis goed past in een in opkomst zijnde cultuur van slachtofferziekten. Zie E. Vermetten, "Posttraumatische Stress Stoornis. Belang van een zorgvuldige diagnose", in *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, red. G. van Maanen, Den Haag 2003, i.h.b. p. 74-76.

2.5.4 *Depressieve stoornissen en burn-out*

Van een ernstige depressieve stoornis (*a major depressive disorder*) is blijkens de DSM-IV⁸⁹ sprake als zich de volgende symptomen voordoen: een sombere stemming gedurende het grootste deel van de dag voor bijna twee weken aaneengesloten, verlies van interesse of plezier in activiteiten die normaliter wel plezier opleveren, verminderde energie, een verandering in eetpatroon, slaapstoornissen, concentratieproblemen, minderwaardigheidsgevoelens en terugkomende gedachten aan de dood.⁹⁰ Depressieve stoornissen kunnen het gevolg zijn van het meemaken van een traumatische ervaring, bijvoorbeeld het verlies van een naaste, maar ook van langdurige overbelasting of van verschijnselen als pesten op het werk. Depressie is één van de meest voorkomende psychische ziekten in Nederland,⁹¹ maar lijkt niet vaak voor te komen als beroepsziekte. In de laatste jaren zijn er tussen de 30 en 50 meldingen per jaar bij het NCvB gedaan van depressie als beroepsziekte, dit terwijl er jaarlijks circa 1400 meldingen van psychische beroepsziekten worden gedaan.⁹²

Een ziekte die wel veel voorkomt als beroepsziekte is burn-out.⁹³ Burn-out is echter geen psychiatrische diagnose, maar een diagnose die is ontwikkeld in de arbeids- en organisatiepsychologie. De diagnose burn-out komt niet voor in de DSM-IV en de ICD-10. Wel zijn er sterke overeenkomsten tussen de symptomen van burn-out enerzijds en die van ofwel een depressieve stoornis of een aanpassingsstoornis, beiden psychiatrische ziekten, anderzijds. Een psychiater of een klinisch psycholoog zou de klachten die gepaard gaan met een burn-out daarom wellicht duiden als een depressie of een aanpassingsstoornis. Het klachtenpatroon is echter niet geheel identiek. Bij burn-out is bijvoorbeeld, anders dan bij een depressieve stoornis, veelal wel sprake van somberheid, maar niet van een continue somberheid die tenminste twee weken aanhoudt.

Sinds 1998 wordt burn-out als beroepsziekte erkend door het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB).⁹⁴ Van burn-out wordt gesproken bij werk-

89 Zie § 296.2, p. 344. Zie ICD-10, § F32, p. 119. Zie ook L. de Roos en J.K. Sluiter, "Depressie als beroepsziekte: Identificatie van werkgebonden psychosociale risicofactoren uit de landelijke registratie en een systematisch literatuuronderzoek", *TBV* 2004, p. 365-371, i.h.b. p. 365-366.

90 Zie voor vergelijkbare criteria de richtlijn psychische klachten van de NVAB, p. 36.

91 Met een prevalentie van 6%, zie De Roos en Sluiter, *TBV* 2004, p. 365.

92 De Roos en Sluiter, *TBV* 2004, p. 365.

93 Van de meldingen van psychische beroepsziekten bij het NCvB heeft meer dan 80% betrekking op burn-out en overspannenheid. Zie NCvB, *Signaleringsrapport 2004*, Amsterdam 2004, p. 33-34. Zie ook <http://www.beroepsziekten.nl/>, 21 november 2004.

94 Zie registratierichtlijn E002: <http://www.beroepsziekten.nl/datafiles/E002%20burnout%20overspanning.pdf>, 15 augustus 2004.

HOOFDSTUK 2

nemers die al meer dan een jaar klagen over emotionele uitputting, een verminderd gevoel van competentie en distantie ten opzichte van het werk.⁹⁵ Kenmerkend is een combinatie van symptomen als vermoeidheid, emotionele uitputting of labiliteit, gespannenheid, slaapstoornissen, gevoel van insufficiëntie, lusteloosheid, gedrukte stemming.⁹⁶ De symptomen gaan, aldus het NCvB veelal gepaard met nerveusfunctionele klachten. Bij burn-out is de uitputting in het algemeen zodanig dat sprake is van een langdurig proces gepaard gaande met chronisch disfunctioneren. Burn-out verschilt in dit opzicht van overspannenheid of surmenage. Daarvan wordt gesproken indien zich vergelijkbare klachten voordoen als bij burn-out, maar de duur ervan korter is dan een jaar. Ook wordt het begrip overspannenheid gebruikt in gevallen waarin sprake is van psychische klachten in reactie op een meer acute, in plaats van langdurige, stressvolle omstandigheid op het werk. Het belangrijkste verschil tussen overspannenheid/surmenage en burn-out is dat een werknemer van overspannenheid tamelijk snel kan herstellen. De meeste mensen van wie is vastgesteld dat ze overspannen zijn, zijn binnen drie maanden weer aan het werk met uitschieters tot een half jaar.⁹⁷ Bij burn-out duurt de ziekte langer.

2.5.5 *Aanpassingsstoornissen*

Een aanpassingsstoornis is blijkens DSM-IV een ziekte waarbij zich binnen drie maanden na een stressvolle gebeurtenis klachten voordoen.⁹⁸ De gebeurtenis kan variëren in ernst. Volgens de ICD-10 dienen de symptomen zich voor te doen binnen één maand na de stressvolle gebeurtenis. Het moet daarbij gaan om een niet-traumatische gebeurtenis. De klachten moeten tenminste zes maanden aanhouden, wil er sprake zijn van een aanpassingsstoornis. Het ziektebeeld vertoont sterke overeenkomsten met de hierboven geschetste symptomen van een depressie en een burn-out. Er bestaan verschillende aanpassingsstoornissen. Sommigen gaan gepaard met angst, anderen met depressie en anderen met een afwijkend gedragspatroon.

95 Zie ook B. Sorgdrager, "Psychische beroepsziekten hoeven niet tot blijvende schade te leiden", *TVP* 2003, p. 17.

96 In de richtlijn van de NVAB worden vergelijkbare criteria genoemd. Zie de bij de richtlijn gegeven achtergrondinformatie op p. 34-36: http://nvab.artsennet.nl/uri/?uri=AMGATE_6059_340_TICH_R138479384865747, 21 maart 2005.

97 Zie ook <http://www.burn-out.nl/stress2.html>, 15 augustus 2004.

98 Law Commission, 1998, p. 49-50.

2.5.6 Angststoornissen

Onder het psychiatrische begrip 'angststoornis'⁹⁹ worden twee ziektebeelden verstaan: een ziekelijke angst in bepaalde situaties, bijvoorbeeld het niet meer durven reizen na een auto-ongeval, en een algemene en doorlopend bestaande angst die niet gerelateerd is aan bepaalde situaties.¹⁰⁰ PTSS wordt in de DSM-IV gekarakteriseerd als een angststoornis.¹⁰¹ Een angststoornis treedt vaak tegelijkertijd op met een aanpassingsstoornis of met een depressieve stoornis. Angststoornissen komen veel voor. In een Britse studie werd de kans op het krijgen van een angststoornis in iemands leven geschat op bijna 25%.¹⁰² Evenals bij andere stoornissen kunnen meerdere factoren bijdragen aan het ontstaan van een angststoornis, waaronder een predispositie daarvoor, het meemaken van een schokkende gebeurtenis, gebrek aan sociale steun, ingrijpende gebeurtenissen op het werk of in de familiesfeer etc. In de wetenschap wordt aangenomen dat voortdurende stress iemands weerstandsvermogen kan aantasten en hem/haar zo meer gevoelig kan maken voor een angststoornis.¹⁰³

2.5.7 Kanttekeningen bij gebruik psychiatrische classificatiesystemen voor juridische doeleinden

Een probleem bij het hanteren van classificatiesystemen als de DSM-IV en de ICD-10 is dat deze niet zijn bedoeld om te bepalen of er sprake is van psychisch letsel in juridische zin. De diagnoses die in deze systemen zijn te vinden, zijn opgesteld met als doel verder onderzoek, opleiding en behandeling. Dat betekent dat het feit dat een stoornis in de DSM-IV of in de ICD-10 is te vinden niet zonder meer inhoudt dat sprake is van een ziekte in juridische zin.¹⁰⁴ Iets soortgelijks geldt voor de richtlijnen van het NCvB. Als er sprake is van een beroepsziekte of een ziekte als bedoeld in die richtlijnen, betekent dat niet zonder meer dat ook in juridisch opzicht van ziekte sprake is. Met betrekking tot de richtlijn van het NVAB is in dit opzicht relevant dat deze is opgesteld ter ondersteuning van

99 In het Engels: *anxiety disorder*.

100 Zie bijvoorbeeld de richtlijn psychische klachten waarin onderscheid wordt gemaakt tussen een gegeneraliseerde angststoornis (een doorlopend bestaande angst) en meer incidenteel optredende angsten. Deze laatsten worden gerangschikt in de categorieën: paniekaanval, fobieën en obsessief-compulsieve stoornis (smetvrees e.d.). Zie p. 37-38.

101 Law Commission, 1998, p. 50-51.

102 Law Commission, 1998, p. 50-51.

103 Law Commission, 1998, p. 51.

104 Zie ook het rapport van de *Law Commission*, 1998, p. 51-52, waarin wordt opgemerkt dat de DSM-IV en de ICD-10 onvoldoende aanknopingspunten bieden om een psychiatrische ziekte te onderscheiden van *mere mental distress* (psychisch onbehagen).

HOOFDSTUK 2

behandeling en reïntegratie van een psychisch zieke werknemer en niet ter ondersteuning van een juridische procedure. In de DSM-IV wordt expliciet gewaarschuwd voor een verkeerde toepassing van de criteria:

"It is important that DSM-IV not be applied mechanically by untrained individuals. The specific diagnostic criterion included in DSM-IV are meant to serve as guidelines to be informed by clinical judgment and are not meant to be used in a cookbook fashion."¹⁰⁵

Andersom hoeft het feit dat een ziekte niet is terug te vinden in de DSM-IV, de ICD-10 of de richtlijnen van NCvB en NVAB niet te betekenen dat schade als gevolg van deze ziekte niet voor vergoeding in aanmerking kan komen. De vraag of sprake is van vergoedbare schade is in essentie een juridische vraag en geen medische.¹⁰⁶ De criteria en richtlijnen uit genoemde classificatiesystemen kunnen een hulpmiddel vormen bij beantwoording van die vraag, maar zijn daarvoor niet per definitie doorslaggevend. In de praktijk zal het in de regel zo zijn dat, als een psychiater vaststelt dat sprake is van een stoornis die wordt genoemd in de DSM-IV of de ICD-10, ook in juridische zin aangenomen zal worden dat sprake is van een erkend psychiatrisch ziektebeeld. Op dezelfde wijze zal, als een psycholoog of arts concludeert dat sprake is van burn-out of een posttraumatische stress stoornis in de zin van de richtlijnen van het NCvB, veelal worden aangenomen dat er ook in juridische zin sprake is van ziekte. Er kunnen zich echter situaties voordoen waarin het juridische en het medische ziektebegrip niet samenvallen en in rechte wordt geconcludeerd dat, hoewel er medisch gezien sprake is van (al dan niet psychiatrische) ziekte, dit juridisch gezien niet het geval is, of andersom. Zo geeft de Engelse *Law Commission* als voorbeelden van stoornissen die wel in de DSM-IV worden genoemd, maar juridisch niet als ziekten worden gezien die recht kunnen geven op schadevergoeding: pedofilie en gokverslaving. Als voorbeelden van ziekten die niet in de DSM-IV worden genoemd, maar juridisch gezien wel recht kunnen geven op schadevergoeding, in elk geval in het Engelse recht, worden genoemd: *pathological grief* en het *chronic fatigue syndrome* (CFS).¹⁰⁷

2.6 Argumenten vóór en tegen het vergoeden van psychisch letsel op gelijke wijze als fysiek letsel

Naast het feit dat het lastig kan zijn om te beoordelen of een psychische of psychiatrische ziekte in medische zin tevens moet worden aangemerkt als een ziekte in juridische zin die aanspraak kan geven op schadevergoeding, kunnen zich bij

105 DSM-IV onder xxiii. Zie ook Butler, 2002, p. 26-27.

106 Op het juridische schadebegrip zal verder worden ingegaan in § 3.9, § 7.4.4, § 9.3.1, § 9.4, § 17.3.8 en § 17.3.9.

107 Law Commission, 1998, p. 52.

psychisch letsel nog een aantal andere moeilijkheden voordoet die te maken hebben met de aard van het letsel en die de vraag kunnen doen rijzen of aan de vergoeding van psychisch letsel beperkingen moeten worden gesteld die niet gelden bij fysiek letsel. Sommige juristen beantwoorden die vraag bevestigend. Anderen erkennen de moeilijkheden wel, maar zijn van mening dat deze zich ook voordoen bij fysiek letsel dan wel dat deze niet onoverkomelijk zijn. Zij zien daarom niet de noodzaak voor het anders behandelen van psychisch letsel in vergelijking tot lichamelijk letsel. In deze paragraaf zullen de belangrijkste redenen die worden genoemd voor terughoudendheid bij de vergoeding van psychisch letsel worden toegelicht. Tevens zullen de argumenten die daartegenin zijn gebracht, worden besproken. Mijn eigen opvatting hierover zal ik niet in deze paragraaf bespreken. Deze zal aan de orde komen op verschillende plaatsen in dit boek alsmede in § 17.6 waarin ik op de in deze paragraaf besproken argumenten zal terugkomen.

De redenen die worden genoemd voor het niet op dezelfde wijze behandelen van psychisch letsel als fysiek letsel zijn met name:

- de angst voor een stortvloed aan vorderingen tot vergoeding van psychisch letsel als geen extra voorwaarden worden gesteld aan het recht op vergoeding ervan (*floodgates*-argument);
- de mogelijkheid van frauduleuze vorderingen;
- het probleem van conflicterende medische opvattingen;
- het idee dat psychische ziekte minder ernstig is dan fysieke ziekte;
- de mogelijke negatieve invloed van procederen op herstel van de ziekte;
- het lastig zijn van het vaststellen van de duur en aard van psychisch letsel;
- de mogelijk grote invloed van predisposities op het ontstaan van psychische ziekte;
- het in een te ver verwijderd verband staan van psychische ziekte tot de oorzaak ervan voor zover die wordt toegerekend aan de aansprakelijke partij.¹⁰⁸

Het *floodgates*-argument wordt met name gebezigd in verband met shockschade. Achtergrond hiervan is dat gevreesd wordt dat één bepaalde gebeurtenis kan leiden tot een groot aantal vorderingen indien al degenen die door deze gebeurtenis psychische klachten hebben opgelopen, schadevergoeding kunnen vorderen.

108 De eerste vijf argumenten worden genoemd door de *Law Commission* in haar *Consultation Paper* en *Final Paper: Liability for psychiatric illness*, report no. 249, Londen, 1998, p. 82-84. De laatste drie argumenten zijn ontleend aan de Nederlandse literatuur en dan in het bijzonder aan het artikel van C.J.J.M. Stolker en D.I. Levine, "Compensation for the Fear of Contracting Asbestos-related Diseases – Critical Reflections on an Important US Supreme Court Decision and its relevance for Europe", *European Review of Private Law*, 1999, p. 4-5, waarin zij de weerstanden tegen de vergoeding van psychisch letsel op dezelfde voet als fysiek letsel op een rij hebben gezet. Zie ook Verheij, diss. 2002, p. 120-122.

HOOFDSTUK 2

Door sommige juristen wordt wel aangevoerd dat dit effect kan worden vermeden door strikte eisen te stellen aan de aard van het letsel, met name door te eisen dat sprake is van een erkende psychiatrische ziekte.¹⁰⁹ Vaker wordt de begrenzing echter gezocht in het strikt formuleren van de zorgplicht van de werkgever in dit opzicht of door het van vergoeding uitsluiten van bepaalde categorieën slachtoffers, bijvoorbeeld diegenen die geen nauwe affectieve relatie met de overledene/verwonde hadden. In hoofdstuk 11 zal op deze kwestie nader worden ingegaan.

Met betrekking tot de mogelijkheid van fraude/simulatie wordt door critici van het op dezelfde wijze vergoeden van psychisch letsel als fysiek letsel, aangegeven dat mensen psychische klachten kunnen simuleren of erger voor kunnen doen dan deze zijn en dat een psychiater dit niet altijd zal doorzien.¹¹⁰ De Engelse *Law Commission*, door wie dit argument onder meer genoemd wordt, noemt in dit opzicht als tegenargument dat dit probleem zich ook kan voordoen bij fysiek letsel, bijvoorbeeld bij rugklachten.¹¹¹ Er zijn bovendien door psychiaters toetsen ontwikkeld om vast te stellen of sprake is van simulatie of overdrijving. Ook uit de DSM-IV blijkt dat psychiaters zelf alert zijn op dit probleem.¹¹² Blijkens de medische literatuur is fraude heden ten dage overigens nauwelijks nog een probleem.¹¹³

Verder wordt gewezen op het probleem van conflicterende medische opvattingen over het bestaan van een psychische ziekte. Daartegenover wordt dan weer aangevoerd dat dit probleem zich evenzeer bij fysiek letsel voordoen als bij psychische ziekten.¹¹⁴

Dat psychisch letsel vaak minder ernstig zou zijn dan fysiek letsel wordt in de literatuur met kracht bestreden. Psychiaters en psychologen zelf geven aan dat een psychische ziekte zeker even ernstige effecten kan hebben als een fysieke.¹¹⁵ Overigens wordt door meerdere artsen en juristen die zich in de materie verdiept hebben, opgemerkt dat psychisch letsel bijna steeds fysieke effecten heeft en andersom.¹¹⁶

109 B.S. Markesinis and S.F. Deakin, *Tort Law*, Oxford 1999, p. 124.

110 Law Commission, 1998, p. 83.

111 Law Commission, 1998, p. 83.

112 DSM-IV, 471, 683. De DSM-IV kent ook twee diagnoses voor het simuleren van psychische klachten, namelijk *Factitious Disorders* en *Malingering*. Zie DSM-IV, p. 471-475 en par. V65.2, p. 683.

113 Zie hierover Butler, 2002, p. 40 en H. Teff, "Liability for Negligently Inflicted Psychiatric Harm: Justifications and Boundaries", *Cambridge Law Journal* 1998, p. 99.

114 Law Commission, 1998, p. 83.

115 Law Commission, 1998, p. 83, noot 12; N.J. Mullany and P.R. Handford, *Tort Liability for Psychiatric Damage*, Londen 1993, p. 309.

116 Zie Mullany and Handford, 1993, p. 27-28 en de daar genoemde medische literatuur.

Het argument dat procederen een nadelige invloed kan hebben op het herstel van een psychische ziekte – ook een argument dat wordt genoemd door de *Law Commission*¹¹⁷ – wordt door de Commissie zelf weerlegd met de opmerking dat dit bezwaar ook geldt bij fysiek letsel. Wel is de *Law Commission* er, door de reacties van met name medici, van overtuigd geraakt dat procederen een belemmering voor het herstel van een psychische ziekte kan vormen.¹¹⁸ Andere schrijvers zijn hiervan minder overtuigd. Teff verwijst naar medische literatuur waaruit blijkt dat het juridische proces wel een rol kan spelen bij herstel van psychisch letsel, maar dat andere aspecten, zoals de persoonlijkheid van de betrokkene, zijn omgeving, zijn perspectieven op de arbeidsmarkt, en vooral ook de psychologische begeleiding die hij ontvangt, van veel grotere betekenis zijn.¹¹⁹ Teff merkt bovendien op dat er ook slachtoffers zullen zijn die van procesvoering zullen afzien vanwege de daaraan verbonden spanningen en kosten. Tenslotte stelt hij zich de retorische vraag of het niet onnodig paternalistisch zou zijn om slachtoffers te beletten om schadevergoeding te vorderen omdat dit voor hun eigen bestwil zou zijn. Een slachtoffer dient dit naar de mening van Teff zelf te beslissen, desgewenst met behulp van medisch advies.

In de literatuur is als bezwaar tegen het vergoeden van psychisch letsel op dezelfde voet als lichamelijk letsel verder nog aangevoerd dat het vaststellen van de duur en aard van psychisch letsel vaak lastig is, dat predisposities van grote invloed kunnen zijn op het ontstaan van schade en dat psychisch letsel in een (te) ver verwijderd verband kan staan tot de oorzaak ervan.¹²⁰ Met betrekking tot de laatste twee punten is als tegenargument aangevoerd dat deze zich ook voordoen bij fysiek letsel en dat hiervoor binnen het aansprakelijkheidssysteem een oplossing kan worden gezocht, bijvoorbeeld door psychisch letsel dat in een te ver verwijderd verband staat van de normschending niet hieraan toe te rekenen en/of door predisposities niet volledig toe te rekenen. Met betrekking tot de vaststelling van de aard en duur van psychisch letsel is opgemerkt dat hierover medische expertise kan worden ingewonnen, alsmede dat, als het niet mogelijk is om de schade nauwkeurig vast te stellen, deze kan worden geschat.¹²¹ Ook is de mogelijkheid geopperd van het toekennen van periodieke uitkeringen gedurende de periode dat het slachtoffer nog niet is hersteld.¹²²

Concluderend: er zijn verschillende argumenten te noemen op grond waarvan aan de vergoeding van psychisch letsel beperkingen zouden moeten worden

117 Law Commission, 1998, p. 83.

118 Law Commission, 1998, p. 83-84, noot 13.

119 Teff, *Cambridge Law Journal* 1998, p. 99.

120 Stolker en Levine, *European Review of Private Law*, 1999, p. 4-5 en C.J.J.M. Stolker en D.I. Levine, "AIDS-phobia. Schadevergoeding voor angst", *NJB* 1996, p. 883.

121 Vgl. art. 6:97 BW.

122 Deze benadering wordt bepleit door Stolker en Levine, *NJB* 1996, p. 891.

HOOFDSTUK 2

opgelegd die niet worden opgelegd aan de vergoeding van fysiek letsel. Al deze argumenten hebben echter hun tegenargumenten. In de loop van dit boek zullen deze argumenten en tegenargumenten, voor zover relevant, nader aan de orde komen. In § 17.6 van het laatste hoofdstuk zullen vervolgens meer definitieve conclusies worden geformuleerd.

3. Grondslagen van foutaansprakelijkheid voor psychisch letsel in het arbeidsrecht – artikel 7:658, 7:611, 6:170 en 6:162 BW

3.1 Inleiding en plan van behandeling

Zoals is aangegeven in hoofdstuk 1 zal in dit hoofdstuk 3 worden besproken in hoeverre de artikelen 7:658 BW, 7:611 BW, 6:170 BW en 6:162 BW in het civiele arbeidsrecht gebruikt kunnen worden als basis voor aansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel. Per artikel zal worden nagegaan of op basis ervan aansprakelijkheid van de werkgever kan worden aangenomen voor psychisch letsel en, zo ja, wat de vereisten hiervoor zijn en zouden moeten zijn. Hierbij moet worden gedacht aan de vereisten voor aansprakelijkheid zoals die ook in het algemene aansprakelijkheidsrecht gelden: normschending, relativiteit, schade, *conditio sine qua non*-verband tussen normschending en schade, toerekening als bedoeld in artikel 6:98 BW en eigen schuld. Daarnaast zijn meer specifiek arbeidsrechtelijke criteria van belang, zoals het vereiste, bij artikel 7:658 BW en soms ook artikel 7:611 BW, dat de schade moet zijn geleden in de uitoefening van de werkzaamheden, en het vereiste van artikel 6:170 BW dat er functioneel verband moet bestaan tussen de onrechtmatige daad van de werknemer waardoor de schade is veroorzaakt en diens werkzaamheden. Vanwege de aard van psychische ziekten, en dan in het bijzonder de niet altijd eenvoudige voorzienbaarheid ervan, het feit dat psychische ziekten vaak meerdere oorzaken hebben, ook buiten het werk gelegen oorzaken, en de niet altijd eenvoudige verifieerbaarheid van het bestaan en de ernst ervan, zullen deze vereisten bij psychisch letsel, zoals reeds opgemerkt in hoofdstuk 1, niet altijd op dezelfde wijze kunnen worden ingevuld als bij fysiek letsel. In dit hoofdstuk zal per aansprakelijkheidsvereiste worden nagegaan in hoeverre de specifieke aard van psychisch letsel aanleiding geeft tot een andere invulling ervan, en zo ja, op welke wijze.

Het hoofdstuk bestaat uit drie onderdelen. In het eerste, grootste, deel (§ 3.2 tot en met § 3.9) worden de zuiver arbeidsrechtelijke vormen van foutaansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel geanalyseerd, dat wil zeggen de artikelen 7:658 BW en 7:611 BW. In het tweede deel wordt aandacht besteed aan de meest relevante artikelen uit het algemene aansprakelijkheidsrecht op grond waarvan een werkgever aansprakelijk kan worden gesteld voor werkgerelateerd psychisch letsel, namelijk de artikelen 6:170 BW en 6:162 BW (§ 3.10 en § 3.11). Waar het gaat om de invulling van aansprakelijkheidsvereisten zal in dit tweede deel herhaaldelijk worden terugverwezen naar het eerste deel. In het derde stuk tenslotte (§ 3.12) wordt afzonderlijk ingegaan op de verhouding tussen het aansprakelijkheidsrecht en het ontslagrecht waar het gaat om de vergoeding van psychisch letsel. Deze materie kan niet onbesproken blijven, omdat de vraag in hoeverre aan een werknemer op basis van het aansprakelijkheidsrecht een schadevergoeding kan worden toegekend wegens psychisch letsel wordt beïnvloed door

HOOFDSTUK 3

de mogelijkheden voor vergoeding van ditzelfde letsel op basis van het ontslagrecht.

3.2 Vergoeding van psychisch letsel op grond van artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW

3.2.1 *Systeem van artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW*

Het civiele arbeidsrecht, dat wil zeggen titel 10 van boek 7 BW, kent twee mogelijke grondslagen voor aansprakelijkheid van de werkgever voor werkgerelateerd psychisch letsel: artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW. Artikel 7:658 BW bevat de zorgplicht van de werkgever voor veilige en gezonde arbeidsomstandigheden. Het artikel beoogt de werknemer te beschermen tegen schade opgelopen in de uitoefening van de werkzaamheden. Het gaat daarbij om letselschade, niet om zaakschade. In artikel 7:611 BW is de norm van het goed werkgeverschap neergelegd.¹ Deze norm strekt, anders dan die van artikel 7:658 BW, niet primair tot bescherming tegen letsel, maar kan de basis vormen voor verschillende verplichtingen die zijn te herleiden tot de algemene verplichting van de werkgever om in zijn verhouding tot de werknemer zorgvuldig te handelen. Artikel 7:611 BW kan wel de basis vormen voor aansprakelijkheid voor letselschade, namelijk in die gevallen waarin artikel 7:658 BW niet kan worden toegepast. Voorbeelden daarvan zijn letsel dat is toegebracht in de privé-sfeer,² letsel als gevolg van verkeersongevallen van werknemers³ en letsel van schepelingen.⁴ Aansprakelijkheid voor psychisch letsel kan zowel gebaseerd worden op artikel 7:658 BW als op artikel 7:611 BW. In het verleden is vooral artikel 7:611 BW als grondslag gebruikt voor de vergoeding van psychisch letsel.⁵ De Hoge Raad heeft zich aanvankelijk aar-

- 1 Art. 7:611 BW bepaalt niet alleen dat de werkgever zich als een goed werkgever moet gedragen, maar bevat eenzelfde verplichting voor de werknemer. Omdat het goed werknemerschap uiteraard geen basis kan vormen voor aansprakelijkheid van de werkgever, zal dit deel van art. 7:611 BW in dit boek grotendeels buiten beschouwing blijven.
- 2 HR 22 januari 1999, *JAR* 1999, 44; *NJ* 1999, 534 m.nt. PAS (reclasseringsmedewerker), als het gaat om een specifiek en aan de werkgever bekend gevaar.
- 3 HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253 (Vonk/Van der Hoeven); *JAR* 2001, 24; HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 235 m.nt. GHvV; *JAR* 2002, 205 (De Bont/Oudallen).
- 4 Ktr. Rotterdam 4 juni 2002, *JAR* 2002, 183. Zie verder ook HR 18 maart 2005, *JAR* 2005, 100 (KLM/De Kuijer), waarin aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW werd aangenomen voor het letsel dat een piloot had opgelopen door een verkeersongeval in Ivoorkust tussen twee vluchten in, dit omdat de werkgever het risico op het ongeval niet tot een minimum had beperkt noch een adequate verzekering had aangeboden noch effectief tegen het risico gewaarschuwd had.
- 5 Zie met name HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667 (Nuts/Hofman).

lend getoond over het gebruik van artikel 7:658 BW in dit opzicht.⁶ In zijn arrest van 11 maart 2005 in de zaak ABN AMRO/Nieuwenhuys⁷ heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat artikel 7:658 BW zowel betrekking heeft op de situatie dat aan een werknemer fysieke schade is toegebracht als op de situatie waarin sprake is van psychisch letsel.⁸

Het belang van het kunnen toepassen van artikel 7:658 BW in een situatie waarin een werknemer psychisch ziek is geworden door het werk is gelegen in het gunstige processuele regime dat dit artikel kent in vergelijking tot dat van artikel 7:611 BW. Artikel 7:658 BW kent namelijk een voor de werknemer gunstiger bewijslastverdeling dan artikel 7:611 BW en een beperking van eigen schuld tot opzet of bewuste roekeloosheid die in artikel 7:611 BW niet is terug te vinden. Zoals hierna nog uitgebreid zal worden besproken,⁹ behoeft een werknemer in het kader van artikel 7:658 BW alleen te stellen en bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van de werkzaamheden, waarna het aan de werkgever is om aan te tonen dat hij zijn zorgplicht uit hoofde van dit artikel is nagekomen. Deze omkering van de bewijslast met betrekking tot de zorgplicht geldt in beginsel niet bij artikel 7:611 BW. Verder geldt als uitgangspunt bij artikel 7:658 BW dat de bewijslast van het causaal verband tussen tekortkoming en schade op de werkgever wordt gelegd als de werknemer heeft aangetoond dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen en dat daardoor de kans op zijn letsel is vergroot (de zogeheten omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband). Bij artikel 7:611 BW kan een dergelijke omkering van de bewijslast van het causaal verband ook wel worden toegepast, als aan de vereisten daarvoor is voldaan,¹⁰ maar, anders dan bij artikel 7:658 BW, is het geen vast uitgangspunt dat dit gebeurt. Daarnaast is eigen schuld van de werknemer bij artikel 7:658 BW alleen van invloed als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, terwijl op verplichtingen tot schadevergoeding uit hoofde van artikel 7:611 BW in beginsel artikel 6:101 BW van toepassing is, op basis van welk artikel schade aan partijen wordt toegerekend in evenredigheid met de mate waarin zij aan het ontstaan van de schade hebben bijgedragen. In de derde plaats is het uitgangspunt bij artikel 7:658 BW dat schade ruim wordt toegerekend. Ook die schade die buiten de normale lijn der verwachting ligt, moet vergoed worden.¹¹ Bij artikel 7:611 BW is een dergelijke ruime toerekening ook wel mogelijk, maar is deze minder vanzelfsprekend dan bij artikel 7:658 BW.

Uitgangspunt in de rechtspraak van de Hoge Raad is tot voor kort steeds geweest dat er geen ruimte is voor een beroep op artikel 7:611 BW als grondslag voor

6 Zie HR 30 januari 1998, *JAR* 1998, 82 en *NJ* 1998, 476 (Chubb Lips Nederland BV/Jansen).

7 HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84; *RvdW* 2005, 37.

8 R.o. 4.1.2. Zie verder § 3.2.2.

9 Zie § 3.6.

10 Zie § 3.6.9.

11 Zie § 3.7.

HOOFDSTUK 3

(risico)aansprakelijkheid in een situatie waarop artikel 7:658 BW van toepassing is, maar geen verplichting als bedoeld in dat artikel is geschonden. Zou dat wel kunnen, zo heeft de Hoge Raad in 1989 geoordeeld in het arrest De Kok/Jansen's Schoonmaakbedrijven, dan zou, in strijd met de strekking van artikel 7:658 BW, op de werkgever een aansprakelijkheid worden gelegd zonder dat er sprake is van een tekortkoming aan zijn kant.¹² In de arresten Vonk/Van der Hoeven¹³ en De Bont/Oudenallen¹⁴ uit 2001 en 2002 heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat er wel ruimte is voor risicoaansprakelijkheid van de werkgever op grond van artikel 7:611 BW als het letsel het gevolg is van een verkeersongeval van een werknemer.¹⁵ Voor schade als gevolg daarvan kan de werkgever ook aansprakelijk zijn indien hem geen tekortkoming in de nakoming van artikel 7:658 BW valt te verwijten. Aldus wordt in die gevallen een uitzondering gemaakt op het systeem van foutaansprakelijkheid voor letsel van werknemers. Deze uitzondering lijkt vooralsnog beperkt te blijven tot aansprakelijkheid voor verkeersongevallen van werknemers. Bij 'gewone' arbeidsongevallen gaat de Hoge Raad namelijk 'nog steeds' uit van foutaansprakelijkheid.¹⁶ Daarbij blijft de hoofdregel van kracht dat er geen ruimte is voor risicoaansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW in een situatie waarvoor artikel 7:658 BW geschreven is, maar geen verplichting als bedoeld in dit artikel is geschonden. Wel kan, zoals gezegd, een beroep op artikel 7:611 BW worden gedaan als grondslag voor foutaansprakelijkheid van de werkgever in situaties waarin artikel 7:658 BW niet van toepassing is. Er dient dan een keuze gemaakt te worden tussen artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW. Ook is het mogelijk om primair een beroep op artikel 7:658 BW te doen, en subsidiair, voor zover geoordeeld zou worden dat dit artikel niet van toepassing is, op artikel 7:611 BW.

-
- 12 Zie met name HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572 (De Kok/Jansen's Schoonmaakbedrijven) en verder HR 22 maart 1991, *NJ* 1991, 420 (Roeffen/Thijssen B.V.).
- 13 HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253.
- 14 HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 235 m.nt. GHvV; *JAR* 2002, 205. Zie over dit arrest en het arrest in de zaak Vonk/Van der Hoeven onder meer T. Hartlief, "De aansprakelijkheid van de werkgever voor verkeersongevallen", *AV&S* 2001, p. 37-42 en Y.R.K. Waterman, "De perikelen van de werknemer in het verkeer", *ArA* 2003, p. 40-61.
- 15 Dit is slechts anders als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. De Hoge Raad paste in deze arresten dus het beperkte eigen schuld begrip van art. 7:658 BW toe, hoewel aansprakelijkheid werd aangenomen op grond van art. 7:611 BW.
- 16 Zie onder meer HR 9 juli 2004, *JAR* 2004, 190 en HR 16 mei 2003, *JAR* 2003, 147; *NJ* 2004, 176 m.nt. GHvV onder HR 12 september 2003, *NJ* 2004, 177.

3.2.2 *Vergoeding van psychisch letsel op grond van artikel 7:658 BW en/of artikel 7:611 BW*

Zoals gezegd heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 11 maart 2005 in de zaak ABN AMRO/Nieuwenhuys¹⁷ geoordeeld dat artikel 7:658 BW zowel betrekking heeft op de situatie dat aan een werknemer fysieke schade is toegebracht als op de situatie waarin sprake is van psychisch letsel. Tot aan dit arrest bestond hierover onduidelijkheid. In het arrest Chubb Lips/Jansen uit 1998 had de Hoge Raad namelijk overwogen dat de rechtbank de op artikel 7:658 BW (althans de voorloper daarvan, artikel 7A:1638x oud BW) gebaseerde vordering van Jansen had verworpen op grond van twee argumenten die elk deze verwerping konden dragen, waaronder het argument dat psychische schade als door Jansen gesteld – zijnde psychische schade ten gevolge van bejegening door een chef en het ontbreken van afdoende begeleiding bij de invoering van automatisering – niet behoorde tot de schade waarvan op de voet van artikel 7:658 BW vergoeding kon worden gevorderd.¹⁸ De Hoge Raad had daarbij echter in het midden gelaten of uit hoofde van dit artikel wel schadevergoeding kon worden verkregen voor andere vormen van psychische schade. Eerder, in 1993, had de Hoge Raad in de zaak Nuts/Hofman geoordeeld dat schadevergoeding voor psychisch letsel in elk geval verkregen kon worden op grond van artikel 7:611 BW.¹⁹

In de lagere rechtspraak is door sommige rechters aangenomen dat een beroep op artikel 7:658 BW niet mogelijk was in geval van zuiver psychisch letsel en dat uitgeweken moest worden naar artikel 7:611 BW.²⁰ Deze uitspraken zijn gemotiveerd met de overweging dat artikel 7:658 BW, gezien de wetsgeschiedenis, niet van toepassing is op psychisch letsel,²¹ respectievelijk dat de zorgplicht van de werkgever ex artikel 7:658 BW ziet op lokalen, werktuigen en gereedschappen en op instructies hoe daarmee om te gaan, en niet op het voorkómen van psychische ziekte.²² Andere rechters hebben wel ruimte gezien voor het vergoeden van zuiver psychisch letsel op de voet van artikel 7:658 BW. Zij gaven daarbij aan niet in te zien waarom psychisch letsel om de enkele reden dat het psychisch is en niet lichamelijk buiten het bereik van artikel 7:658 BW zou moeten worden gehouden,

17 HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84; *RvdW* 2005, 37.

18 HR 30 januari 1998, *JAR* 1998, 82 en *NJ* 1998, 476 (Chubb Lips Nederland BV/Jansen).

19 HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667 (Nuts/Hofman).

20 Zie bijvoorbeeld Ktr. Haarlem 18 juni 2003, *JAR* 2003, 188 en Ktr. Brielle 30 september 2003, *JAR* 2003, 267.

21 Ktr. Haarlem 18 juni 2003, *JAR* 2003, 188.

22 Ktr. Brielle 30 september 2003, *JAR* 2003, 267.

HOOFDSTUK 3

ervan uitgaand dat ook bij psychisch letsel sprake is van werkgerelateerde gezondheidsschade.²³

Ook de literatuur was verdeeld over de toepasbaarheid van artikel 7:658 BW in geval van zuiver psychisch letsel. Door Hartlief zijn hiertegen in twee publicaties uit respectievelijk 2001 en 2002 verschillende bezwaren aangevoerd.²⁴ Kern daarvan was dat artikel 7:658 BW, gelet op zijn voor de werknemer gunstige bewijslastverdeling en de beperkte invloed van eigen schuld,²⁵ niet geschikt is voor toepassing bij psychische ziekten, omdat daarbij concrete normen veelal ontbreken, psychische ziekten meerdere oorzaken kunnen hebben – ook buiten het werk gelegen oorzaken – en de psychische belastbaarheid per werknemer kan verschillen. Hartlief heeft daarom aangegeven meer te zien in de toepassing van artikel 7:611 BW bij zuiver psychisch letsel, omdat dat artikel de werknemer minder ver tegemoet komt bij zijn bewijslast en het ruimte laat voor verdeling van schade in evenredigheid met de mate waarin werkgever en werknemer aan het ontstaan daarvan hebben bijgedragen. Ook Loonstra en Zondag hebben dit standpunt in grote lijnen onderschreven.²⁶ Door andere schrijvers is betoogd dat er geen reden is waarom artikel 7:658 BW niet van toepassing zou kunnen zijn op zuiver psychisch letsel, mits is voldaan aan de voorwaarden dat een verplichting als bedoeld in dit artikel is geschonden, er daadwerkelijk letsel is geleden en er causaal ver-

23 Zie bijvoorbeeld Ktr. Utrecht 4 september 2002, *JAR* 2002, 220 en Ktr. Hoorn 25 oktober 2004, *JAR* 2005, 57. In andere zaken is eveneens art. 7:658 BW toegepast op zuiver psychisch letsel, maar zonder expliciete motivering. Vgl. Rb. Rotterdam 30 september 1999, *JAR* 1999, 230; Pres. Rb. Amsterdam 22 februari 2001, *RN* 2001, 1319; Ktr. Harderwijk 25 april 2001, *JAR* 2001, 118; Ktr. Utrecht 1 augustus 2001, *JAR* 2001, 195 (over seksuele intimidatie); Rb. Middelburg 30 mei 2001, *JAR* 2001, 232 (angstschade); Rb. 's-Gravenhage 2 augustus 2001, *TAR* 2001, 118 (shockschade); Ktr. Amsterdam 11 mei 2004, *JAR* 2004, 152; CRvB 1 juli 2004, *TAR* 2004, 141 (overbelasting).

24 T. Hartlief, "Stress en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW", *WPNR* 2001, p. 1067-1068; T. Hartlief, "Werkgeversaansprakelijkheid: het bereik van en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW", *RM Themis* 2002, p. 80-83.

25 Zie § 3.8.

26 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag 2004, p. 253-254. Naar de mening van Loonstra en Zondag kan art. 7:658 BW mogelijk wel bij kwesties van seksuele intimidatie, agressie en geweld worden toegepast, omdat daarbij sprake is van een in de wetgeving neergelegde norm (art. 4 Arbowet) en over de oorsprong van de klachten veelal meer duidelijkheid zal bestaan.

band is tussen beide.²⁷ Een derde opvatting is verdedigd door Lindenbergh, inhoudende dat het weinig uitmaakt of nu artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW wordt toegepast, mits bij de invulling van de vereisten voor aansprakelijkheid rekening wordt gehouden met het soort aansprakelijkheid en het soort schade dat aan de orde is.²⁸ Zo zou de werknemer bij vagere normen een uitgebreidere stelplicht en bewijslast moeten hebben dan bij scherpere normen en zou bij psychisch letsel verdeling van de schade op de wijze als voorzien in artikel 6:101 BW mogelijk moeten zijn. Bij dit laatste uitgangspunt heeft ook Hartlief zich op enig moment aangesloten.²⁹

Deze discussie lijkt nu – grotendeels – beslecht te zijn met het arrest in de zaak ABN AMRO/Nieuwenhuys. In cassatie was door ABN AMRO, onder verwijzing naar de hiervoor genoemde argumenten van Hartlief, betoogd dat artikel 7:658 BW geen betrekking kon hebben op psychisch letsel. De Hoge Raad overwoog evenwel als volgt:

“De tekst van art. 7:658 BW noch de geschiedenis van dit artikel dwingt tot de beperkte opvatting dat dit artikel slechts betrekking heeft op de situatie dat aan de werknemer fysieke schade is toegebracht. De ratio van de verhoogde aansprakelijkheid van de werkgever is, zowel in het geval van art. 7:658 BW als in het geval van de voorloper van dat artikel, art. 7A:1638x (oud) BW, niet zozeer gelegen in het fysieke karakter van de aantasting van de werknemer, maar in de omstandigheid dat de werkgever degene is die bepaalt op welke plaats, onder welke omstandigheden en met welke hulpmiddelen de werknemer moet werken. Dit is niet anders wanneer de werk-omstandigheden niet fysiek, maar psychisch ziekmakend zijn. De door het onderdeel voorgestane, beperkte uitleg zou ook leiden tot willekeurige onderscheidingen, omdat lichamelijk en psychisch welzijn nauw met elkander zijn verbonden: wat bij het ene individu tot uiting komt als lichamelijke klacht, zal bij de andere naar buiten komen in de vorm van een psychische klacht. Er is derhalve noch een principiële noch een prak-

-
- 27 Zie onder andere A. Geers, “Werkgeversaansprakelijkheid voor psychische schade”, in *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, red. M. Faure en T. Hartlief, Den Haag 2001, p. 19-30; C.H. Sieburgh, “Beschikt de burgerlijke rechter echt over onbegrensde krachten?” in *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, red. C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels, G. van Solinge en L. Timmerman, Deventer 2003, p. 193-195; R. van de Water, “Vergoeding van psychische schade: via de weg van 7:658 BW of 7:611 BW?”, *ArbeidsRecht* 2003, p. 11-15; Y.R.K. Waterman, “De aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade van de werknemer”, *Arbeid Integraal* 2000, p. 86-90; M.S.A. Vegter, “Aansprakelijkheid werkgever voor psychische schadewerknemer als gevolg van seksuele intimidatie van de werknemer”, *AV&S* 2001, p. 133-140.
- 28 S.D. Lindenbergh, “Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade”, *AV&S* 2003, p. 20-22.
- 29 T. Hartlief, “Kronieken van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 2002-2003”, *NTBR* 2003, p. 583.

HOOFDSTUK 3

tische rechtvaardiging om de schade waartegen art. 7:658 BW bescherming beoogt te bieden, te beperken tot gevallen, zoals door het onderdeel bepleit, waarin (alleen) lichamelijk letsel is opgetreden. Voor de toepassing van art. 7:658 BW is – uiteraard – wel vereist dat het gaat om schending door de werkgever van een norm als in die bepaling bedoeld, alsmede om risico's die zijn verbonden aan het werk en de werkomgeving. Er moet derhalve causaal verband zijn tussen de werkzaamheden en de psychische schade.”

Daarmee is vast komen te staan dat artikel 7:658 BW ook kan worden toegepast in een situatie waarin het letsel van een werknemer psychisch van aard is en niet (tevens) lichamelijk. Tevens is duidelijk dat de afbakening tussen psychisch letsel dat wél op de voet van artikel 7:658 BW voor vergoeding in aanmerking kan komen en psychisch letsel waarbij dat niet het geval is, gemaakt moet worden aan de hand van het soort verplichting dat is geschonden en niet aan de hand van het soort schade dat is geleden (psychisch of fysiek). De Hoge Raad overweegt namelijk expliciet dat voor de toepassing van artikel 7:658 BW niet bepalend is wat voor soort schade is geleden, maar of er een norm als bedoeld in die bepaling is geschonden.

Dit uitgangspunt lijkt me juist. Naar mijn mening is er onvoldoende grond om psychisch letsel als schadesoort principieel anders te behandelen dan fysiek letsel, gelet op de verwevenheid tussen beiden en het feit dat psychisch letsel even beschadigend kan zijn als lichamelijk letsel.³⁰ Ik onderschrijf dan ook de overweging van de Hoge Raad dat de opvatting waarbij artikel 7:658 BW wel betrekking zou hebben op fysiek letsel, maar niet op psychisch letsel, zou leiden tot willekeurige onderscheidingen, omdat lichamelijk en psychisch welzijn nauw met elkaar zijn verbonden en klachten zich bij de ene werknemer kunnen vertalen in fysieke problemen en bij de andere in psychische ziekte. Van belang hierbij vind ik voorts dat de psychische gevolgen van lichamelijk letsel reeds sinds jaar en dag voor vergoeding op grond van artikel 7:658 BW in aanmerking komen, zodat het niet goed verdedigbaar is dat dit anders zou zijn indien een fysieke component ontbreekt. Verder worden in titel 10 van boek 6 BW fysiek en psychisch letsel uit-

30 Zie ook Des A. Butler, *Employer Liability for Workplace Trauma*, Aldershot, Hants, England, 2002, p. 40; Law Commission, *Liability for psychiatric illness*, Consultation Paper no. 137, 1995, par. 4.10 en Report no. 249, 1998, p. 83; N.J. Mullany and P.R. Handford, *Tort Liability for Psychiatric Damage*, Londen 1993, p. 27-28 en p. 309; Sieburgh, 2003, p. 193; C.J.J.M. Stolker en D.I. Levine, “AIDS-phobia. Schadevergoeding voor angst”, *NJB* 1996, p. 884.

drukkelijk op één lijn gesteld, zodat het ook gelet daarop voor de hand ligt dat ook artikel 7:658 BW betrekking kan hebben op beide vormen van letsel.³¹

Het feit dát op grond van het arrest ook zuiver psychisch letsel aanspraak kan geven op schadevergoeding op grond van artikel 7:658 BW brengt niet mee dat dit ook in alle gevallen zo zal zijn. Er moet immers een norm geschonden zijn als bedoeld in dit artikel. Dat roept de vraag op wanneer dit het geval is. In de volgende paragraaf zal ik hierop nader ingaan.

3.3 Zorgplicht van artikel 7:658 BW

3.3.1 *Algemene aspecten; invulling van de zorgplicht van artikel 7:658 BW*

In lid 1 van artikel 7:658 BW is de zorgplicht van de werkgever als volgt omschreven:

Artikel 7:658

1. De werkgever is verplicht de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.

Deze tekst is in het artikel opgenomen in 1997 bij de totstandkoming van boek 7 titel 10 BW als onderdeel van het nieuw BW. Tot aan die tijd was in artikel (7A):1638x BW, de voorloper van artikel 7:658 BW, bepaald dat de werkgever de schade aan *lijf, eerbaarheid en goed* van de werknemer moest vergoeden. Het laten vervallen van deze woorden had, blijkens de wetsgeschiedenis, geen inhoudelijke reden. Beoogd werd slechts om artikel 7:658 lid 1 BW in tekstueel opzicht aan te passen.³²

31 Zie in dit opzicht art. 6:107 BW, waarin is bepaald dat, indien iemand als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, *lichamelijk of geestelijk letsel* oploopt, die ander voor de schade als gevolg daarvan aansprakelijk is. Verder kent art. 6:106 lid 1 onder b BW de mogelijkheid van toekenning van een immateriële schadevergoeding voor zuiver psychisch letsel. Beide artikelen zijn, gezien de gelaagde structuur van het BW, van toepassing op verplichtingen tot schadevergoeding uit hoofde van art. 7:658 BW, voor zover in dat artikel niet anders is bepaald. Zie ook Chr. H. van Dijk, "Psychische schade, HR 30 januari 1998, RvdW 1998, 34 C", *TVP* 1998, p. 19; Chr. H. van Dijk, "Werkgeversaansprakelijkheid, een stand van zaken, *TVP* 2002, p. 12-13 en HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84 (ABN AMRO/Nieuwenhuys), r.o. 5.2.

32 Lid 2 van art. 7:658 BW is bij die wetswijziging wel inhoudelijk aangepast. Daarin is namelijk de omkering van de bewijslast ten aanzien van de zorgplicht, zoals deze was ontwikkeld in de rechtspraak van de Hoge Raad, gecodificeerd. Zie *Arbeidsovereenkomst* (Christe), art. 7:658 BW, aantekening 1, oktober 1999.

HOOFDSTUK 3

De tekst van artikel 7:658 lid 1 BW en met name van het eerste deel ervan roept niet direct associaties op psychisch letsel, maar doet veeleer denken aan de industrie uit de tweede helft van de 19^e eeuw of nog langer terug. Algemeen aanvaard is evenwel dat de verplichting van artikel 7:658 lid 1 BW niet beperkt is tot lokalen en gereedschappen, maar betrekking heeft op alle gevaarlijke situaties op het werk waarin een werknemer letsel kan oplopen.³³ De maatregelen en aanwijzingen betreffen enerzijds meer technische maatregelen, zoals het aanbrengen van afdoende beveiliging op gevaarlijke apparaten, en anderzijds maatregelen die betrekking hebben op het gedrag van werknemers, zoals het geven van instructies, het waarschuwen voor gevaarlijke situaties en het houden van toezicht op de werksituatie.³⁴

Voor de invulling van de zorgplicht in een concreet geval is in de eerste plaats van belang of er een geschreven verplichting bestaat die de werkgever moet naleven. De belangrijkste verplichtingen in dit opzicht zijn te vinden in de Arbeidsomstandighedenwet 1998 (de Arbowet) en de Arbeidstijdenwet.³⁵ Verder zijn van belang de op deze wetten gebaseerde uitvoeringsregelingen, zoals het Arbeidsomstandighedenbesluit 1997, de Arbeidsomstandighedenregeling en het Arbeidstijdenbesluit. Heeft een werkgever een publiekrechtelijke norm geschonden, dan staat ook in civielrechtelijk opzicht zijn tekortkoming vast.³⁶ Andersom betekent het naleven van publiekrechtelijke verplichtingen niet dat geen aansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW kan worden aangenomen. Mogelijk is dat een werkgever verderstrekkende ongeschreven civielrechtelijke verplichtingen moet naleven.³⁷ Of er sprake is van een dergelijke ongeschreven verplichting, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij, aldus de Hoge Raad, een rol spelen:

“de kenbaarheid voor de werkgever van de gevaren aan het gebruik van de machine verbonden, mede in het licht van het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met die machine de gebruiker ervan licht toe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is, en voorts de mate waarin het treffen van die veiligheidsmaatregel reeds voordat een ongeval zich had voorgedaan voor de werkgever of de deskundigen waarover hij in zijn bedrijf beschikt, voor de hand lag.”³⁸

33 Zie onder meer *Arbeidsovereenkomst* (Christe), art. 7:658 BW, aantekening 3, oktober 1999.

34 Vgl. P.S. Fluit, “De verruiming van de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten (deel 1)”, *Sociaal Recht* 2000, p. 41-42.

35 Zie meer in detail § 2.2.1 en § 2.2.2.

36 Vgl. L. Bier, “Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten” in *Handboek personenschade*, 1998, p. 2020-5. Zie ook S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer 2000, p. 32.

37 Vgl. L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten* (diss. Utrecht), Deventer 1988, p. 215 en p. 325 en Lindenbergh, 2000, p. 33. Zie ook HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 m.nt. JBMV (Cijssouw II).

38 HR 14 april 1978, NJ 1979, 245 (Messaoudi/Hoechst). Zie hierover Bier, diss. 1988, p. 179-182 en A.C.J.M. Geers, *Recht en humanisering van de arbeid* (diss. Maastricht), Deventer 1988, p. 149.

Hetgeen geldt voor gebruik van een machine geldt ook voor het gebruik van gevaarlijke stoffen, het werken met computers, een gezondheidsondermijnende inrichting van de werkplek etc.³⁹

Met betrekking tot de kenbaarheid van gevaren is van belang dat het hierbij niet alleen gaat om gevaren die de werkgever daadwerkelijk kent, maar ook om gevaren die hij behoort te kennen. De werkgever heeft in dit opzicht een onderzoeksplicht. Hij moet zich laten voorlichten over gevaren, zo nodig door deskundigen, en dient te letten op de ontwikkelingen in de wetenschap met betrekking tot een bepaald gevaar indien dit relevant is voor zijn bedrijfstak.⁴⁰ Onder omstandigheden kan een werkgever ook aansprakelijk zijn voor de gevolgen van een onbekend gevaar. Dit kan het geval zijn als de werkgever onvoldoende veiligheidsmaatregelen heeft genomen met het oog op het voorkomen van een bekend gevaar en zich hierdoor tevens een op dat moment nog onbekend gevaar heeft gerealiseerd. De werkgever kan aansprakelijkheid dan slechts vermijden als hij kan aantonen dat het nemen van de vereiste veiligheidsmaatregelen de verwezenlijking van het onbekende gevaar niet had kunnen voorkomen.⁴¹

De werkgever dient er voorts rekening mee te houden dat het dagelijks uitvoeren van dezelfde taken er toe kan leiden dat een werknemer niet steeds de vereiste voorzichtigheid in acht neemt. De werkgever dient daarom te zorgen voor afdoende beveiliging van apparatuur en voor voldoende toezicht op het werk.⁴²

Ten aanzien van het derde element dat in het hiervoor geciteerde arrest door de Hoge Raad wordt genoemd als zijnde bepalend voor het aannemen van een zorgplicht, het treffen van de vereiste veiligheidsmaatregelen, geldt wederom dat de werkgever zich dient te informeren over mogelijke gevaren. Voorts is van belang hoe ernstig het risico is dat zich kan verwezenlijken als de maatregelen niet worden genomen en wat de moeite, kosten en praktische bezwaren zijn die aan het nemen van de maatregelen verbonden zijn.⁴³ Denkbaar is dat de kosten van bepaalde maatregelen en praktische bezwaren in de weg staan aan het treffen ervan. Gelet op de strekking van artikel 7:658 BW – het beschermen van de gezondheid en veiligheid van de werknemer – zal dit niet snel het geval zijn.

Samengevat: een werkgever is op grond van artikel 7:658 BW gehouden om maatregelen te treffen op het moment dat het kenbaar is dat bij het uitblijven

39 Zie bijvoorbeeld HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683 m.nt. JBMV (Cijssouw II) ten aanzien van asbest; Hof Arnhem 6 juli 2004, *JAR* 2004, 204 ten aanzien van RSI; Ktr. Middelburg 4 maart 2002, *JAR* 2002, 216 met betrekking tot OPS.

40 Dit kunnen ook ontwikkelingen zijn die zich in het buitenland voordoen. Vgl. ten aanzien van asbest HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573 (Janssen/Nefabas).

41 HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683 m.nt. JBMV (Cijssouw II).

42 Zie o.a. HR 18 september 1998, *NJ* 1999, 45; *JAR* 1998, 213 (Van Doorn/IBM) waarbij een werkgever opdracht had gegeven tot het vervoeren van een ladder zonder ervoor te zorgen dat geschikt bevestigingsmateriaal aanwezig was.

43 Bier, diss. 1988, p. 215-220.

HOOFDSTUK 3

ervan letsel kan ontstaan. Op dat moment ontstaat zijn zorgplicht om maatregelen te nemen. Dat wil niet zeggen dat een werkgever kan wachten tot een ernstig risico in beeld komt. Hij dient te inventariseren welke risico's het werken in zijn onderneming met zich brengt. Als niet zonder meer duidelijk is welke maatregelen getroffen moeten worden ter vermijding van intreding van het risico, dient de werkgever hierover zo nodig deskundig advies in te winnen. Maatregelen behoeven alleen dan niet te worden getroffen, ondanks een bestaand risico, indien de ernst van en de kans op het risico niet opwegen tegen de moeite, kosten en praktische bezwaren van de te nemen maatregelen.

3.3.2 Aard van de zorgplicht van artikel 7:658 BW: veiligheidsverplichting

De hiervoor weergegeven wijze van invulling van de zorgplicht van artikel 7:658 BW maakt nog niet (geheel) duidelijk wanneer gesproken kan worden van een verplichting die strekt ter voorkoming van psychisch letsel. Hiervoor is meer inzicht noodzakelijk in de precieze aard van de verplichting van artikel 7:658 BW. In dit verband is relevant dat de zorgplicht van artikel 7:658 BW algemeen wordt aangemerkt als een veiligheidsverplichting, dit in tegenstelling tot de verplichting van artikel 7:611 BW die algemeen wordt gezien als een zorgvuldigheidsverplichting.⁴⁴ De Hoge Raad heeft dit karakter van artikel 7:658 BW – het zijn van een veiligheidsverplichting – in vele arresten benadrukt en ook in de literatuur bestaat hierover eenstemmigheid.

Kenmerkend voor een veiligheidsverplichting is dat bij schending ervan rekening moet worden gehouden met ernstige gevolgen.⁴⁵ Voor aansprakelijkheid wegens het niet naleven van een veiligheidsvoorschrift is daarom niet vereist dat een specifiek ongeval voorzienbaar was, maar is voldoende dat het soort ongeval in het algemeen te verwachten was. Om dezelfde reden wordt bij schending van een veiligheidsnorm ook die schade aan de veroorzaker toegerekend die buiten de normale lijn der verwachting ligt. Dit geschiedt in beginsel niet bij schending van een 'gewone' zorgvuldigheidsnorm.⁴⁶ Daarnaast heeft de Hoge Raad in een reeks van arresten geoordeeld dat, indien de veiligheidsnorm van artikel 7:658 BW is

44 Vgl. HR 21 juni 1974, NJ 1974, 453 m.nt. GJS. (Windmill/Roelofsen); HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 m.nt. PAS onder HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 (De Kok/Jansen's B.V.); HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420 (rollende steiger). Zie verder T. Hartlief, "Causaliteit. Over de grenzen van de toerekening bij letsel-schade" in L.G. Eykman e.a. (red.), *Bijzonder letsel. Inleidingen gehouden op het symposium van de vereniging van Letselschade Advocaten*, Lelystad 1995, p. 27-49.

45 Hetzelfde geldt voor verkeersnormen.

46 Vgl. HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 (Vader Versluis). De rechtspraak van de Hoge Raad is echter niet geheel consistent. Zo werd in het arrest Nuts/Hofman (HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667) ruim toegerekend, terwijl de geschonden norm die van art. 7A:1638z BW was. Zie verder § 3.7.2.

overtreden, een omkering van de bewijslast van het causaal verband tussen tekortkoming en schade plaatsvindt.⁴⁷ Het is dan aan de werkgever om aan te tonen dat, ook indien hij geen norm had geschonden, de geleden schade waarschijnlijk toch was ontstaan.⁴⁸ In de literatuur wordt wel gesteld dat, vanwege deze verstrekkende gevolgen van het niet naleven van een veiligheidsverplichting, een dergelijke verplichting duidelijk en precies van aard moet zijn, preciezer dan bij andere, meer algemene zorgvuldigheidsverplichtingen bij het niet naleven waarvan het ontstaan van letsel niet direct in de verwachtingsfeer ligt. Men moet weten wat te doen en laten. Is geen sprake van een concreet en precies voorschrift, dan kan volgens deze schrijvers niet gesproken worden van een veiligheidsverplichting.⁴⁹

Gelet hierop zijn voor het bestaan van een veiligheidsverplichting dus twee aspecten van belang: dat sprake is van een concreet en precies voorschrift en dat bij de niet naleving van dat voorschrift letsel te verwachten is.

3.3.3 *Zorgplicht ten aanzien van psychisch letsel: concreet voorschrift*

De vraag is vervolgens wanneer ten aanzien van psychisch letsel gesproken kan worden van een concreet en precies voorschrift (hierna zal kortheidshalve alleen nog worden gesproken van 'een concreet voorschrift') en van het voorzienbaar zijn van letsel bij niet naleving van dat voorschrift. In deze paragraaf zal op het eerste aspect – het concrete voorschrift – worden ingegaan. In § 3.3.4 zal het bestaan van een kenbaar risico op psychisch letsel aan de orde komen.

-
- 47 Zie onder meer HR 21 juni 1974, *NJ* 1974, 453 m.nt. GJS (Windmill/Roelofsen); HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572 m.nt. PAS (De Kok/Jansen's Schoonmaakbedrijven); HR 22 maart 1991, *NJ* 1991, 420 (Roeffen/Thijssen); HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 m.nt. PAS (Cijssouw I); HR 9 juni 1995, *NJ* 1995, 630 (Van de Luytgaarden/Schuurink); HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198 m.nt. PAS (Pollemans/Hoondert); HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 398 (Fortes/Smits); en ten aanzien van geestelijk letsel als gevolg van schending van de norm van art. 7:611 BW: HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667 m.nt. PAS (Nuts/Hofman).
- 48 Zie o.a. Bier, diss. 1988, p. 52 e.v. De Hoge Raad past de omkering van de bewijslast overigens ook toe in geval de geschonden norm geen veiligheidsnorm is, mits is voldaan aan de criteria dat de geschonden norm ertoe strekte een specifiek gevaar te voorkomen en dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot, en degene die zich op de normschending beroept ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt. Vgl. HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 (TFS/NS) en *NJ* 2004, 305 (Kastelijn/Achtkarspelen).
- 49 Vgl. annotator Scholten bij HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 77 (Vader Versluis). Zie ook HR 30 januari 1998, *JAR* 1998, 82; *NJ* 1998, 476 (Chubb Lips/Jansen) en Hartlief, *WPNR* 2001, p. 1068.

HOOFDSTUK 3

Bij psychisch letsel zal het vaak moeilijker zijn dan bij lichamelijk letsel om aan te geven welke concrete zorgplicht de werkgever heeft. Dat komt doordat er ten aanzien van psychisch letsel minder geschreven verplichtingen bestaan dan ten aanzien van fysiek letsel, doordat er met betrekking tot psychische ziekten minder ongeschreven verplichtingen in de rechtspraak zijn ontwikkeld, en doordat het gevaar van fysiek letsel vaak beter is te voorzien dan dat van psychisch letsel. Dit betekent niet dat er met betrekking tot psychische ziekten geheel geen concrete voorschriften zijn. Het betekent wel dat een psychisch zieke werknemer veelal méér zal moeten stellen dan bij fysiek letsel het geval was geweest ten einde duidelijk te maken dat een concreet voorschrift als bedoeld in artikel 7:658 BW is overtreden, zodat een beroep op dit artikel kan worden gedaan.

De vraag naar het bestaan van een concreet voorschrift ter voorkoming van psychisch letsel kwam expliciet aan de orde in de zaak Chubb Lips/Jansen.⁵⁰ De rechtbank oordeelde in die zaak dat Chubb Lips niet op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk kon worden gehouden voor het psychisch letsel van Jansen, onder meer niet omdat Jansen niet had aangetoond dat Chubb Lips een concreet, op het voorkómen van zijn schade gericht, voorschrift niet was nagekomen. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand omdat hiertegen geen cassatiemiddel was gericht. Jansen had ter onderbouwing van zijn stelling dat Chubb Lips te weinig had gedaan ter voorkoming van zijn psychische ziekte verwezen naar artikel 3 van de Arbowet, welk artikel voorschrijft dat een werkgever bij de organisatie van arbeidsplaatsen en arbeidsmethodes algemene principes voor veilige en gezonde arbeid in acht moet nemen. Kennelijk vond de rechtbank dit echter niet concreet genoeg. AG Langemeijer merkt in zijn conclusie op dat artikel 3 Arbowet een instructienorm is die nog nadere uitwerking behoeft. Daarom kon hieruit naar zijn mening geen op het geval van Jansen toepasselijke norm worden afgeleid. Deze opvatting is, naar ik meen terecht, bekritiseerd in de literatuur. Zoals onder meer Rijlaarsdam heeft betoogd, is de redenering van de AG namelijk in strijd met het systeem van de Arbowet.⁵¹ Door de wetgever is gekozen voor het neerleggen van algemene principes in de Arbowet waarbij het de bedoeling is dat de werkgever, in overleg met ondernemingsraad en werknemers, deze principes nader uitwerkt in concrete voorschriften.⁵² De wetgever heeft expliciet geen spe-

50 HR 30 januari 1998, *JAR* 1998, 82; *NJ* 1998, 476.

51 A. Rijlaarsdam, "Noot bij onder andere HR 30 januari 1998, *JAR* 1998/82, "Psychische schade"", *SMA* 1999, p. 272. Zie ook Waterman, *Arbeid Integraal* 2000, p. 88.

52 Zie ook G.J.J. Heerma van Voss, "Van onmondige arbeider tot calculerende burger", *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, Deventer 1996, p. 153, die opmerkt dat het bij nieuwe gezondheidsrisico's als stress en werkdruk moeilijk is om een algemene regel te geven. Daarom geeft art. 3 Arbowet een beginsel dat nader ingevuld moet worden door werkgevers en werknemers binnen de onderneming. Belangrijk is, aldus Heerma van Voss, dat voor deze invulling procedures open staan.

cifieke voorschriften willen geven in de Arbowet, doch de nadere invulling aan werkgever en werknemers willen overlaten. Daarmee is echter niet beoogd dat deze bepalingen niet concreet in de rechtspraak toegepast kunnen worden. Indien de werkgever de bepalingen niet in overleg met de ondernemingsraad en/of individuele werknemers heeft geconcretiseerd, kan dit alsnog in een individueel rechtsgeschil gebeuren. Overigens hebben ook veiligheidsverplichtingen die strekken tot bescherming tegen lichamelijk letsel niet steeds de vorm van een concreet (wettelijk) voorschrift, maar worden zij veelal pas in de rechtspraak geformuleerd op een moment dat er al schade is ontstaan.⁵³

Het feit dat er ten aanzien van bepaalde arbeidsomstandigheden geen geschreven concrete voorschriften bestaan, betekent dan ook niet dat een werkgever met betrekking tot die arbeidsomstandigheden geen zorgplicht als bedoeld in artikel 7:658 BW heeft. De werkgever heeft immers een eigen verantwoordelijkheid om voor gezonde werkomstandigheden te zorgen, ook indien er geen concrete geschreven norm is die hem daartoe verplicht. Dit volgt ook uit het feit dat de werkgever op grond van de Arbowet verplicht is om een risico-inventarisatie en -evaluatie (RI&E) uit te voeren. Daarmee dient hij in kaart te brengen welke risico's in zijn onderneming bestaan. Vervolgens moet hij, voor zover dat redelijkerwijs van hem gevergd kan worden, de nodige maatregelen treffen om verwezenlijking van deze risico's te voorkomen.⁵⁴ Daarbij gaat het niet alleen om risico's van fysiek, maar ook om risico's van psychisch letsel. Een verplichting om maatregelen te nemen om psychisch letsel te voorkomen, kan, behalve uit een RI&E, ook voortvloeien uit mededelingen van een werknemer zelf, bijvoorbeeld inhoudende dat hij te zwaar belast wordt of dat hij gepest wordt, of kan anderszins uit de omstandigheden blijken. Bij dat laatste kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een werknemer die reeds eerder is ingestort door een te zware belasting en die mogelijk weer zal instorten indien zijn werklast niet verminderd wordt.⁵⁵

Ook bij psychisch letsel kan derhalve sprake zijn van een concreet voorschrift. Omdat dit echter niet altijd eenvoudig zal zijn vast te stellen, zal de werknemer die vergoeding van psychisch letsel vordert op grond van artikel 7:658 veelal een uitgebreidere stelplicht hebben dan het geval zou zijn bij fysiek letsel. Hij zal namelijk duidelijk moeten maken dat er een verplichting als bedoeld in artikel

53 Zo heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683 m.nt. JBMV (Cijssouw II) geoordeeld dat de aansprakelijkheid van de werkgever voor de blootstelling aan asbest moet worden beoordeeld aan de hand van de in de periode van blootstelling geldende normen. Wanneer in die tijd wettelijke normen ontbraken of onvoldoende waren geconcretiseerd, zal de aansprakelijkheid mede worden bepaald door de toen geldende maatschappelijke opvattingen.

54 Zie ook Waterman, *Arbeid Integraal* 2000, p. 88.

55 Een mooi voorbeeld hiervan is de Engelse zaak *Walker v Northumberland County Council*, [1995] 1 All ER 737 (Queen's Bench Division). Zie verder § 13.4.1.

HOOFDSTUK 3

7:658 BW in het geding is. Het gaat hierbij echter, zoals met name in deel II van dit boek uitgebreid zal worden aangegeven, geenszins om een onmogelijke opgave.

3.3.4 *Zorgplicht ten aanzien van psychisch letsel: kenbaar risico op ontstaan letsel*

Als tweede kenmerk van de veiligheidsverplichting van artikel 7:658 BW heb ik hiervoor genoemd het feit dat letsel is te verwachten bij niet nakoming ervan. Psychisch letsel verschilt in dit opzicht van fysiek letsel in die zin dat fysiek letsel vaak beter voorzienbaar is dan psychisch letsel. Dit is in de eerste plaats het gevolg van het feit dat over lichamelijk letsel meer kennis beschikbaar is. Het is bijvoorbeeld bekend dat blootstelling aan asbest tot ongeneeslijke ziekten kan leiden. Over de oorzaken van psychisch letsel is minder bekend. Ten tweede is bij psychisch letsel de kans dat het mede is veroorzaakt door privé-omstandigheden of door een kwetsbare constitutie van een werknemer groter dan bij (de meeste vormen van) fysiek letsel. Bovendien is de ene werknemer gevoeliger voor psychische druk dan de ander. Een hoge werkdruk met weinig pauzes kan tot overspannenheid van de ene werknemer leiden, terwijl een ander er wellicht tegen kan. Een grove bejegening door een chef brengt de ene werknemer mogelijk op het randje van een zenuwinstorting, terwijl een ander laconieker reageert.

Niettemin zijn er wel omstandigheden waarin het zonder meer voorzienbaar is dat een werknemer psychisch ziek zal worden. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan situaties waarin een werknemer aangeeft dat sprake is van dreigende psychische ziekte en dit bij nader onderzoek ook inderdaad reëel lijkt te zijn, situaties waarin duidelijke signalen uit de omgeving van de werknemer komen, of situaties waarin sprake is van een zo ernstige normschending (denk aan systematisch wegpesten) dat het voor een ieder duidelijk moet zijn dat psychische ziekte daarvan het gevolg zal zijn. Concrete voorbeelden van dit soort situaties zullen in deel II van dit boek worden gegeven. Op deze plaats is het van belang om te constateren dat risico's op het ontstaan van psychische ziekten wel degelijk kenbaar kunnen zijn, ondanks verschillen in individuele belastbaarheid tussen werknemers onderling. Het mag bovendien verwacht worden dat de wetenschappelijke kennis over de oorzaken van werkgerelateerd psychisch letsel en de omstandigheden waarin dit ontstaat, in de toekomst verder zal toenemen, zodat dan nog beter dan nu aangegeven zal kunnen worden welke omstandigheden ziekmakend zijn en dus ingrijpen vergen, en welke niet.⁵⁶ De omstandigheid dat een psychische ziekte, naast omstandigheden op het werk, mede andere oorzaken kan hebben, behoeft niet mee te brengen dat het ontstaan van de ziekte als zodanig minder goed voorzienbaar is. Wel kan er reden zijn om in de sfeer van de

⁵⁶ In dit verband kan gewezen worden op de explosie van onderzoeken in het laatste decennium. Deze stroom aan onderzoek lijkt voorlopig nog niet tot een einde gekomen te zijn. Zie verder § 1.1.2.

bewijslastverdeling en/of de toerekening van schade met dit aspect rekening te houden. In § 3.6 en § 3.8 zal daarop worden teruggekomen.

3.3.5 *Balans*

In het voorgaande heb ik aangegeven dat er ook ten aanzien van psychisch letsel concrete verplichtingen om maatregelen te nemen (kunnen) bestaan, bij schending waarvan letsel te verwachten is. In de situaties waarin hiervan sprake is, kan mijns inziens een beroep op artikel 7:658 BW worden gedaan. Het zal hierbij gaan om de duidelijke situaties waarin het risico op letsel kenbaar was, eveneens duidelijk was dat gehandeld moest worden, doch de werkgever dit heeft nagelaten, of wellicht zelfs, in de meer extreme gevallen, het letsel door eigen toedoen heeft veroorzaakt. In gevallen waarin het minder duidelijk was of de werkgever een verplichting had om maatregelen te nemen om psychisch letsel te voorkomen en waarin het ook niet direct voor de hand lag dat bij het uitblijven van maatregelen letsel zou ontstaan, is er, naar ik meen, onvoldoende grond voor de toepassing van artikel 7:658 BW. In die gevallen komt artikel 7:611 BW in beeld, zoals hierna, in § 3.4, nog nader zal worden uitgewerkt. De grens tussen concrete en minder concrete verplichtingen en voorzienbaar en minder voorzienbaar letsel is overigens vloeiend. Er kunnen zich situaties voordoen waarin het lastig kan zijn om aan te geven welke grondslag het meest passend is. Naarmate meer rechtspraak hierover gewezen zal worden, zal deze onduidelijkheid echter afnemen.

3.4 **Artikel 7:611 BW als basis voor aansprakelijkheid voor psychisch letsel**

In de gevallen waarin de toepassing van artikel 7:658 BW op psychisch letsel niet voor de hand ligt, omdat geen concreet of een minder concreet voorschrift door de werkgever is geschonden en omdat het niet in de rede lag dat die schending psychisch letsel teweeg zou brengen, kan, zoals gezegd, artikel 7:611 BW gebruikt worden als grondslag voor aansprakelijkheid van de werkgever. Zoals met name in hoofdstuk 16 nader zal worden uitgewerkt, moet hierbij vooral gedacht worden aan verplichtingen op het vlak van de bejegening van werknemers en van personeelsbeslissingen ten aanzien van overplaatsing, ontslag, schorsing, benoeming in een bepaalde functie, functioneringsgesprekken etc. Dergelijke verplichtingen hebben vooral betrekking op fatsoenlijk handelen en niet zozeer op het treffen van maatregelen ter voorkoming van letsel. Het ligt ook niet in de normale lijn der verwachting dat niet nakoming van dit soort verplichtingen psychische ziekte teweeg brengt, hoewel dat onder omstandigheden anders kan zijn. Artikel 7:611 BW vormt een geschikte basis voor de doorwerking van dit soort verplichtingen in het arbeidsrecht, omdat het hierbij gaat om heel diverse verplichtingen waarvan de inhoud in een concrete situatie nader bepaald moet worden. Dit kan goed gebeuren aan de hand van artikel 7:611 BW omdat de verplichting inzake het goed werkgeverschap algemeen wordt beschouwd als een open norm, waarvan de inhoud niet van tevoren vastligt, maar kan variëren al naar

HOOFDSTUK 3

gelang de concrete situatie waarin hij wordt toegepast.⁵⁷ Artikel 7:611 BW vormt een concretisering voor het arbeidsrecht van de norm inzake redelijkheid en billijkheid zoals neergelegd in de artikelen 6:2 BW en 6:248 BW.⁵⁸ Op het artikel kan een beroep worden gedaan ter aanvulling van de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst (aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid), maar ook om een bepaalde regel opzij te zetten indien toepassing ervan in gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (beperkende werking).

Vanwege het open karakter van de norm van artikel 7:611 BW is het niet mogelijk om aan te geven, zoals in de voorgaande paragrafen is gedaan met betrekking tot de zorgplicht van artikel 7:658 BW, wat deze norm precies behelst. Dit hangt immers sterk van de omstandigheden af. Daarom zal op deze plaats niet verder worden ingegaan op de inhoud van de verplichtingen die kunnen voortvloeien uit artikel 7:611 BW. Deze verplichtingen zullen in deel II van dit boek nader aan de orde komen, voor zover zij geacht kunnen worden te strekken tot bescherming tegen psychisch letsel.

Het is wel van belang om op deze plaats op te merken dat, waar het gaat om de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten, artikel 7:611 BW evenals artikel 7:658 BW, een foutaansprakelijkheid behelst. Zoals reeds opgemerkt in § 3.2.1. heeft de Hoge Raad in 1989 geoordeeld dat er geen ruimte is voor aansprakelijkheid op grond van goed werkgeverschap of redelijkheid en billijkheid in een situatie waarin artikel 7:658 BW van toepassing is, maar geen verplichting als bedoeld in dit artikel is geschonden.⁵⁹ Vervolgens heeft de Hoge Raad echter een uitzondering gemaakt op deze regel door wel een risicoaansprakelijkheid te introduceren uit hoofde van artikel 7:611 BW voor letsel van een werknemer als gevolg van een verkeersongeval.⁶⁰ Vooralsnog is deze

57 Zie over het karakter van art. 7:611 BW: G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Reeks VvA 29, Deventer 1999, i.h.b. p. 6. Zie ook M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Deventer 1999.

58 Zie J.J.M. de Laat, "Geen plaats voor red. en bill.", *ArbeidsRecht* 1999, p. 39, onder verwijzing naar HR 5 maart 1999, NJ 1999, 644 m.nt. PAS en JAR 1999, 73 (Tulkens/FNV); zie ook Van der Heijden (Tekst & Commentaar Arbeidsovereenkomst), art. 7:611 BW, aant. 1, Deventer 1999.

59 HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 (De Kok/Jansen's Schoonmaakbedrijven). Zie ook HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420 (Roeffen/Thijssen).

60 Vgl. HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253 (Vonk/Van der Hoeven) en HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235 m.nt. GHvV; JAR 2002, 205 (De Bont/Oudenalen). Zie hierover onder meer Hartlief, *AV&S* 2001, p. 37-42 en Waterman, *ArA* 2003, p. 40-61.

uitzondering echter beperkt gebleven tot verkeersongevallen⁶¹ en geldt voor het overige dus nog het uitgangspunt dat de aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten een foutaansprakelijkheid is en geen risicoaansprakelijkheid. Voor zover een beroep op artikel 7:611 BW wordt gedaan ter verkrijging van schadevergoeding voor werkgerelateerd letsel, dient er derhalve, behalve indien het gaat om een verkeersongeval tijdens het werk, sprake te zijn van een tekortkoming aan de zijde van de werkgever. Het behoeft daarbij overigens niet specifiek te gaan om een tekortkoming in de nakoming van een verplichting strekkende ter preventie van letsel. De tekortkoming kan bijvoorbeeld ook gelegen zijn in gedragingen als het niet verzekeren van bepaalde schade of het niet effectief waarschuwen tegen bepaalde risico's.⁶²

3.5 Relativiteit

Als vereiste voor het ontstaan van een verplichting tot schadevergoeding wordt ook wel het relativiteitsvereiste genoemd, oftewel de regel dat de geschonden norm moet strekken tot bescherming tegen de schade zoals het slachtoffer die heeft geleden. Het vereiste, dat is neergelegd in artikel 6:163 BW, is met name van belang voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, omdat daarbij in voorkomende gevallen beoordeeld moet worden in hoeverre een bepaalde norm een slachtoffer tegen een bepaalde schade beoogt te beschermen. Bij contractuele grondslagen voor aansprakelijkheid, zoals die van artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW, is in dit opzicht doorgaans geen afbakening nodig. Het zal daarbij in de regel duidelijk zijn welke partij bescherming behoeft (de werknemer) tegen welk soort schade (letselschade). Wel kan de vraag gesteld worden wanneer is voldaan aan het derde criterium voor het aannemen van relativiteit, namelijk of psychisch letsel binnen het bereik van een verplichting als bedoeld in artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW valt. Deze vraag kan echter ook gezien worden als behorende tot

61 Een enkele kantonrechter en rechtbank heeft ook in andere situaties dan verkeersongevallen een risicoaansprakelijkheid van de werkgever voor letsel van een werknemer aangenomen, mijns inziens ten onrechte. Vgl. Ktr. Beetssterzwaag 12 juni 2001, *Prg* 2001, 5714 en Rb. Amsterdam 7 april 2004, *JAR* 2004, 108.

62 Vgl. HR 18 maart 2005, *JAR* 2005, 100 (KLM/De Kuijer). Mogelijk kan gezegd worden dat in de zaken Vonk/Van der Hoeven en De Bont/Oudenallen ook sprake was van een tekortkoming in de nakoming van art. 7:611 BW, namelijk van het niet adequaat verzekeren van de werknemers. In de overwegingen van de Hoge Raad is dat echter niet terug te vinden. Deze verwijst expliciet naar de redelijkheid en billijkheid. Vooralsnog blijf ik daarom bij het standpunt dat er verschil bestaat tussen de toepassing van art. 7:611 BW als grondslag voor risicoaansprakelijkheid en als grondslag voor foutaansprakelijkheid. Wel wordt dit onderscheid, door de niet bijzonder heldere rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt, steeds vager.

HOOFDSTUK 3

het terrein van de zorgplicht en is als zodanig ook al besproken in de voorgaande paragrafen. Kort gezegd is daarin betoogd dat de zorgplicht van artikel 7:658 BW ook strekt tot bescherming tegen geestelijk letsel, mits aan bepaalde voorwaarden voor de toepassing van het artikel is voldaan.⁶³ Dat artikel 7:611 BW onder omstandigheden kan strekken ter bescherming tegen geestelijk letsel stond al langere tijd vast.⁶⁴ In deze paragraaf zal op deze materie daarom niet verder worden ingegaan.

Het relativiteitsvereiste speelt wel een duidelijke rol op het terrein van de shockschade, dat wil zeggen in situaties waarin werknemers psychisch ziek zijn geworden door het meemaken van een ongeval of andere ernstige gebeurtenis op het werk. In dergelijke situaties kan aan de hand van het relativiteitsvereiste bepaald worden welke werknemers wel en welke niet voor vergoeding van hun letsel in aanmerking komen. Bijvoorbeeld kan dan betoogd worden dat alleen die werknemers die zelf gevaar hebben gelopen voor fysiek letsel in aanmerking komen voor vergoeding van de geestelijke schade die zij hebben geleden doordat zij een collega hebben zien verongelukken⁶⁵ of dat alleen diegenen recht op schadevergoeding hebben die zich in de *zone of emotional danger* hebben bevonden.⁶⁶ Het beschermingsbereik van de geschonden verplichting wordt dan afgebakend aan de hand van het relativiteitsvereiste. In hoofdstuk 11 zal nader op deze materie worden ingegaan.

3.6 Verdeling van stelplicht en bewijslast bij artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW (zorgplicht en *conditio sine qua non* verband)

3.6.1 Inleiding

Een vraag die in het arrest ABN AMRO/Nieuwenhuys niet aan de orde is geweest, is of de toepassing van artikel 7:658 BW op psychisch letsel automatisch betekent dat de bewijslastverdeling die dit artikel in zijn meer klassieke vorm kent onverkort dient te gelden bij psychisch letsel. Door Hartlief is wel betoogd dat de voor

63 Zie § 3.3.

64 Zie § 3.2.1.

65 Dit criterium wordt ook wel aangeduid als het criterium van de *physical zone of danger*. Vgl. de benadering van het House of Lords in *White and others v. Chief Constable of South Yorkshire Police and others*, [1999] ICR 216. Zie verder § 11.4.7. Ook Lindenbergh heeft in het verleden, toen het Kindertaxi-arrest nog niet was gewezen, gepleit voor toepassing van de *physical zone of danger*, overigens ten aanzien van shockschade in het algemeen en niet specifiek ten aanzien van de werkgeversaansprakelijkheid, o.a. in *NJB* 1998, p. 356.

66 Vgl. wederom ten aanzien van shockschade in het algemeen A.J. Verheij, "Shockschade", *NJB* 1999, p. 1409-1416. Kritisch over hantering van welke *zone* dan ook is R.J.P. Kottenhagen, "Recente rechtspraak inzake shockschade: een doorbraak?", *Letsel & Schade* 2000, p. 7-8.

de werknemer gunstige verdeling van stelplicht en bewijslast van artikel 7:658 BW in de weg staat aan de toepassing van dit artikel op psychisch letsel.⁶⁷ Dit standpunt is door de Hoge Raad verworpen. Daarmee is de vraag echter niet beantwoord of de verdeling van stelplicht en bewijslast bij psychisch letsel dezelfde dient te zijn als bij fysiek letsel. Naar mijn mening vloeit reeds uit de kenmerken van psychisch letsel – de niet altijd gemakkelijke voorzienbaarheid ervan, het veelal multicausale karakter en de niet altijd eenvoudige verifieerbaarheid – voort dat een werknemer die zijn werkgever op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk stelt voor psychisch letsel in de regel een zwaardere stelplicht en bewijslast zal hebben dan hij zou hebben bij de klassieke vormen van fysiek letsel.⁶⁸ Daarvoor lijkt me geen wetswijziging of koerswijziging in de rechtspraak noodzakelijk. Ik zal een en ander in het hiernavolgende nader uitwerken.

3.6.2 *Schade in de uitoefening van de werkzaamheden en omkeringsregel ten aanzien van de zorgplicht: algemene aspecten*

Voor het verwezenlijken van een recht op schadevergoeding uit hoofde van artikel 7:658 BW dient een werknemer te stellen en bij betwisting te bewijzen dat hij schade heeft geleden en dat deze is ontstaan in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Onder oud BW was dit anders. Toen diende de werknemer te stellen en te bewijzen dat de werkgever de norm van artikel 7A:1638x BW had geschonden. In de rechtspraak was deze bewijslast echter reeds in sterke mate verlicht.⁶⁹ Naar aanleiding van deze jurisprudentie en diverse pleidooien in de literatuur is in artikel 7:658 BW gekozen voor omkering van de bewijslast ten aanzien van de zorgplicht. De werknemer moet thans stellen, en bij betwisting bewijzen, dat zijn letsel het gevolg is van het werk. De werkgever moet op grond van artikel 7:658 lid 2 BW bewijzen dat hij zijn verplichting om voor veilige en gezonde arbeidsomstandigheden te zorgen is nagekomen.

In de literatuur is naar aanleiding van deze wijziging gediscussieerd over de vraag of de werknemer nu helemaal niets meer behoeft te stellen over de niet

67 Hartlief, *WPNR* 2001, p. 1067-1068 en *RM Themis* 2002, p. 80-83. Zie voor een nuancering hiervan *NTBR* 2003, p. 583.

68 De meer 'moderne' beroepsziekten als RSI en OPS zijn in dit opzicht vergelijkbaar met psychische ziekten.

69 Zie meer in detail T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, "De aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en -ziekten – recente ontwikkelingen met betrekking tot tewerkstelling en bewijslast", *Sociaal Recht* 1990, p. 285-286; P.S. Fluit, "De verruiming van de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten deel I en II", *Sociaal Recht* 2000, p. 41-45 en p. 73-79. Relevante arresten in dit opzicht zijn onder meer HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573 (Jansen/Nefabas); HR 9 juni 1995, *NJ* 1995, 630 (Van Luytgaarden/Schuurink); HR 17 november 1995, *NJ* 1996, 144 (Babayigit/NKF); HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 684 (Cijssouw II).

HOOFDSTUK 3

nakoming door de werkgever van diens zorgplicht of dat hij toch nog een zekere stelplicht heeft in dit opzicht. Hartlief heeft in dit verband betoogd dat de werknemer niet kan volstaan met de enkele stelling dat de werkgever is tekortgeschoten in de nakoming van zijn zorgplicht, maar dat hij deze stelling zoveel mogelijk moet onderbouwen. Daarbij blijft, aldus Hartlief, de oude jurisprudentie over de stelplicht van de werknemer van belang.⁷⁰ Dit standpunt is door Giesen ondersteund met de motivering dat de werkgever, omdat artikel 7:658 BW nog steeds een schuldaansprakelijkheid behelst, in elk geval zal moeten weten wat hem verweten wordt. Daarom zou de werknemer op zijn minst de tekortkoming van de werkgever moeten schetsen of de toedracht van het ongeval.⁷¹

Door onder andere Klaassen is daarentegen gesteld dat het voldoende is als de werknemer stelt dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Wel zou hij gemotiveerd verweer moeten voeren indien de werkgever in de procedure aanvoert dat hij zijn zorgplicht niet heeft geschonden.⁷² Volgens Lindenbergh⁷³ volgt uit het arrest van de Hoge Raad in de zaak Fransen/Stichting Pasteurziekenhuis⁷⁴ uit 1999 dat de visie van Klaassen e.a. de juiste is. In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat in het huidige artikel 7:658 BW de bewijslast is omgekeerd en dat, nu de werkneemster de schade had geleden in de uitoefening van haar werkzaamheden, het ziekenhuis aansprakelijk was voor de geleden schade, tenzij het kon aantonen dat het zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 7:658 lid 1 BW was nagekomen dan wel dat er sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van Fransen. Het feit dat er onduidelijkheid bestond over de toedracht van het ongeval deed daar niet aan af. Deze onduidelijkheid kwam voor risico van de werkgever.

De opvatting van Lindenbergh en Klaassen lijkt mij juist. Gelet op het systeem van artikel 7:658 BW en de uitleg die de Hoge Raad daaraan geeft in het arrest Fransen/Pasteurziekenhuis en ook in het arrest Bloemsma/Hattuma,⁷⁵ – waarin de Hoge Raad oordeelde dat een bewijsopdracht aan de werkgever pas aan de orde komt als de werknemer heeft bewezen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van de werkzaamheden alsook dat de werknemer niet hoeft aan te

70 T. Hartlief, "Van art. 7A:1638x naar art. 7:658 BW" in *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, red. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, A.A. van Rossum en H.L.E. Verhagen, Zwolle 1997, p. 502.

71 I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag 2001, p. 169.

72 C.J.M. Klaassen, "Een nieuw arbeidsongevallenrecht?", *Sociaal Recht* 1997, p. 283. Zie ook D. Wachter, "Noot bij HR 9 juni 1995, NJ 1995, 630, Van de Luytgaarden/Machinefabriek Schuurink", *A&V* 1995, p. 165-167 en N. Frenk, "Nieuwe regeling van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten", *A&V* 1996, p. 80-82.

73 S.D. Lindenbergh, "Aansprakelijkheid werkgever, onmiddellijke werking art. 7:658 BW, stelplicht en bewijslast", *A&V* 2000, p. 52.

74 HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 m.nt PAS.

75 HR 4 mei 2001, JAR 2001, 96; NJ 2001, 377.

tonen wat de toedracht of oorzaak van het ongeval is – heeft een werknemer in beginsel aan zijn stelplicht en bewijslast voldaan als hij stelt en bewijst dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van de werkzaamheden. Hij hoeft dan niet daarnaast ook nog aan te geven dat de werkgever is tekortgeschoten in de nakoming van een bepaalde verplichting.

3.6.3 *Omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband bij artikel 7:658 BW: algemene aspecten*

Indien de werknemer niet kan bewijzen dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen zijn schade en zijn werkzaamheden, betekent dat niet dat geen aansprakelijkheid van de werkgever kan worden aangenomen. Als de werknemer wel kan aantonen dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen alsmede dat daardoor de kans op het door hem opgelopen letsel is vergroot, kan hij namelijk een beroep doen op de omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband tussen tekortschieten en letsel. In dat geval wordt aangenomen dat het tekortschieten door de werkgever het letsel van de werknemer heeft veroorzaakt, behoudens tegenbewijs door de werkgever. Niet de bewijslast ten aanzien van de zorgplicht wordt dan op de werkgever gelegd, maar de bewijslast van (het ontbreken van) een causale relatie tussen schending van de zorgplicht en letsel.

Deze omkering van de bewijslast heeft dus betrekking op de causale relatie tussen tekortkoming en schade en niet zozeer, althans in theorie, op de causale relatie tussen werk en schade. Zoals bekend zijn er in het systeem van artikel 7:658 BW twee soorten causaal verband te onderscheiden. In de eerste plaats is er het causaal verband tussen de werkzaamheden en het letsel/de schade van de werknemer. Artikel 7:658 lid 2 BW spreekt in dit opzicht van 'schade die is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden'. Daarnaast is er het causaal verband tussen de tekortkoming van de werkgever en het letsel/de schade van de werknemer. Bewijst de werknemer dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van de werkzaamheden, dan is de werkgever voor die schade aansprakelijk, tenzij hij aantoonst dat hij zijn zorgplicht is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Hierbij is sprake van een omkering van de bewijslast ten aanzien van de zorgplicht. De werknemer kan echter ook aan de andere kant beginnen en trachten eerst bewijs bij te brengen dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn zorgplicht en dat het risico op letsel dat daardoor is ontstaan, zich heeft verwezenlijkt. Het is dan vervolgens aan de werkgever om te bewijzen dat, ook als hij zijn zorgplicht wel had nageleefd, het letsel toch zou zijn ontstaan. De bewijslast ten aanzien van het causaal verband tussen tekortkoming en schade wordt dan op de werkgever gelegd. In dat geval is sprake van een omkering van de bewijslast van het causaal verband tussen tekortkoming en schade. Deze bewijslast sluit dan, zoals hierna nog uitgebreider aan de orde zal komen, de bewijslast ten aanzien van de andere causale relatie, die tussen werk en schade, in. De facto heeft de omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband dus niet alleen betrekking op de causale relatie tussen tekortkoming en schade, maar ook op die tussen werk en schade.

HOOFDSTUK 3

De omkeringsregel ten aanzien van het causaal verband wordt door de Hoge Raad reeds sinds 1974 toegepast op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid. In een reeks van arresten die vanaf dat jaar zijn geweest, heeft de Hoge Raad als uitgangspunt geformuleerd dat, als een verkeers- of veiligheidsnorm is geschonden die beoogt te beschermen tegen de in het geding zijnde risico's – in die zin dat bij schending van die norm de kans op het aldus ontstane ongeval is verhoogd – en een dergelijk risico zich verwezenlijkt, het aan de werkgever is om te stellen en zo nodig bewijzen dat inachtneming van de veiligheidsvoorschriften het ongeval waarschijnlijk niet had kunnen voorkomen.⁷⁶ Het is dus aan de werkgever om te bewijzen dat, als vast is komen te staan dat hij zijn verplichtingen niet heeft nageleefd, nakoming van die verplichtingen geen verschil had gemaakt omdat ook dan het ongeval zou hebben plaatsgevonden.

In twee arresten van 29 november 2002 heeft de Hoge Raad meer in het algemeen en dus niet specifiek met het oog op werkgeversaansprakelijkheid geformuleerd wanneer er ruimte is voor een omkering van de bewijslast ten aanzien van het causaal verband in geval vast is komen te staan dat de aangesproken partij onrechtmatig heeft gehandeld of toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van een contractuele verplichting.⁷⁷ Hierover was onduidelijkheid ontstaan omdat de Hoge Raad zich in het verleden niet altijd even helder had uitgelaten over de toepassingsvereisten voor de omkeringsregel in het algemeen (dus niet specifiek met betrekking tot werkgeversaansprakelijkheid).⁷⁸ In de arresten van 29 november 2002 heeft de Hoge Raad overwogen dat er ruimte is voor een omkering van de bewijslast ten aanzien van het causaal verband als (1) een norm is geschonden die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen en dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot, en (2) degene die zich op de normschending beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt.

76 Zie onder meer HR 21 juni 1974, NJ 1974, 453 m.nt. GJS (Windmill/Roelofsen); HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 m.nt. PAS (De Kok/Jansen's Schoonmaakbedrijven); HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420 (Roeffen/Thijssen); HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.nt. PAS (Cijssouw I); HR 9 juni 1995, NJ 1995, 630 (Van de Luytgaarden/Schuurink); HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 m.nt. PAS (Pollemans/Hoondert); HR 6 december 1996, NJ 1997, 398 (Fortes/Smits); en ten aanzien van geestelijk letsel als gevolg van schending van de norm van art. 7:611 BW: HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667 m.nt. PAS (Nuts/Hofman).

77 HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 (TFS/NS) en NJ 2004, 305 (Kastelijn/Achtkarspelen).

78 Zie uitgebreid hierover A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Vrije Universiteit Amsterdam), Den Haag 2002.

Voor de werkgeversaansprakelijkheid zijn deze arresten mijns inziens slechts beperkt relevant, omdat op dit gebied, zoals gezegd, reeds sinds jaar en dag een eigen regel geldt. Werkgeversaansprakelijkheid kan in dit opzicht ook niet goed worden vergeleken met aansprakelijkheid in het algemeen omdat de invulling van de omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband bij werkgeversaansprakelijkheid samenhangt met de andere omkering van de bewijslast die artikel 7:658 BW kent, namelijk die ten aanzien van de zorgplicht. Bovendien speelt in zaken van werkgeversaansprakelijkheid altijd nog de vraag of de schade wel is ontstaan in de uitoefening van de werkzaamheden. Een dergelijk element speelt niet, althans niet altijd, in het algemene aansprakelijkheidsrecht.⁷⁹ Bij de werkgeversaansprakelijkheid dienen daarom naar mijn mening de criteria te blijven gelden die de Hoge Raad reeds sinds jaar en dag hanteert, te weten dat er grond is voor een omkering van de bewijslast van het causaal verband als (1) de werkgever een verplichting niet heeft nageleefd die beoogde te beschermen tegen het in het geding zijnde risico en (2) dit risico zich in het concrete geval heeft verwezenlijkt. Deze criteria komen overigens in hoge mate overeen met de criteria genoemd in de arresten van 29 november 2002 (specifieke strekking van de norm en verwezenlijking van het risico), zodat ook in dat opzicht deze arresten weinig lijken toe te voegen aan de reeds bestaande regel op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid.⁸⁰

3.6.4 Toepassingsvereisten voor omkering bewijslast van het causaal verband

Wanneer beide vereisten nader worden bezien, is duidelijk dat het eerste betrekking heeft op de strekking van de norm en de tweede op het feitelijk aannemelijk

79 Vgl. M.S.A. Vegter, "Bewijslastverdeling bij RSI", *TVP* 2004, p. 3-10. Zie ook Akkermans, oratie 2002, p. 11-12, die opmerkt dat de omkeringsregel op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid een eigen invulling kent. Akkermans is daarnaast van mening dat de omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband door de Hoge Raad wordt ingelezen in art. 7:658 lid 2 BW en aldus moet worden gezien als een onverbreekelijk onderdeel van de bewijslastverdeling van dit artikel.

80 Een verschil is dat in de arresten op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid door de Hoge Raad wordt opgemerkt dat de werknemer, als voorwaarde voor omkering van de bewijslast, moet 'stellen en bewijzen' dat het risico (tot voorkoming waarvan de norm strekte) zich heeft verwezenlijkt, terwijl in de arresten van 29 november 2002 wordt gesproken van 'aannemelijk maken'. Het is echter de vraag of aan dit verschil in formulering (veel) betekenis moet worden gehecht. Bewijs is in het civiele recht steeds waarschijnlijkheidsbewijs en bovendien is de Hoge Raad zelf niet consistent in zijn formulering. Het meest logisch lijkt dat sterker tegen 'bewijs' moet worden geleverd door de werkgever naarmate de werknemer sterker 'gewoon' bewijs heeft geleverd. Vgl. Akkermans, oratie 2002, p. 149-150.

HOOFDSTUK 3

zijn van het bestaan van causaal verband. In de literatuur is uitgebreid gediscussieerd over de vraag aan welk criterium de Hoge Raad meer gewicht hecht.⁸¹ Zelf deel ik, zoals ik hierna nog nader zal uitwerken met betrekking tot psychisch letsel, de opvatting van Akkermans, inhoudende dat beide criteria van belang zijn en dat het van de omstandigheden van het geval afhangt of meer gewicht toekomt aan het criterium van de strekking van de norm of aan het criterium van de feitelijke aannemelijkheid van het causaal verband.⁸² Alleen in die benadering is het te verklaren dat de Hoge Raad in sommige gevallen de werkgever heeft belast met het bewijs dat geen causaal verband bestond tussen schade en tekortkoming, hoewel het bestaan hiervan niet op voorhand aannemelijk was,⁸³ terwijl in andere gevallen het bestaan van causaal verband wel aannemelijk was, maar over de precieze strekking van de norm discussie mogelijk was.⁸⁴

Toepassing van beide vereisten is op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid ook wenselijk. Het belang van toepassing van het criterium van de strekking van de norm is gelegen in het verhogen van de effectiviteit van de norm.⁸⁵ Bij arbeidsongevallen en beroepsziekten is er, als vaststaat dat de werkgever een bepaalde verplichting niet is nagekomen, regelmatig twijfel over de vraag of dit tekortschieten het ongeval of de ziekte wel heeft veroorzaakt. In het klassieke

81 Hartlief spreekt in dit opzicht van twee 'scholen': Eén school, waartoe Akkermans en Giesen behoren, zou meer de nadruk leggen op het criterium van de strekking van de norm als toepassingsvereiste voor de omkeringsregel, terwijl de andere school, waartoe hij onder meer Bakels, Vranken en zichzelf rekent, meent dat het feitelijk aannemelijk zijn van het bestaan van causaal verband doorslaggevend is voor het verleggen van de bewijslast. Zie T. Hartlief, "Causaliteitonzekerheid. Opkomst en ondergang van de 'omkeringsregel'?", *Ars Aequi* 2003, p. 298-306. Tot deze tweede 'school' hoort ook J.W. Hoekzema, "De plaats van de 'omkeringsregel' in het bewijsrecht", *NTBR* 2003, p. 232-241.

82 Vgl. Akkermans, oratie 2002, p. 168.

83 Zo is het mogelijk dat werknemer Roelofsen in HR 21 juni 1974, *NJ* 1974, 453 m.nt. GJS (Windmill/Roelofsen) ook van de trap was gevallen, namelijk zijn evenwicht niet meer had kunnen herstellen, als er wel een leuning was geweest. Ook in, onder meer, HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572 m.nt. PAS (De Kok/Jansen's Schoonmaakbedrijven) en HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 398 (Fortes/Smits) lijkt de kans groot dat de werknemers ook een ongeval was overkomen als de werkgever zijn veiligheidsverplichtingen wel was nagekomen. Dit is echter niet meer te bewijzen.

84 Zie bijvoorbeeld HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 m.nt. PAS (Cijsouw I).

85 Zie ook Akkermans, oratie 2002, p. 9-11, p. 127-128, p. 167; I. Giesen, "Werkgeversaansprakelijkheid, blootstelling aan asbest en bewijslastverdeling op basis van de strekking van de materiële norm, noot bij HR 26 januari 2001, *RvdW* 2001, 41", *NTBR* 2001, p. 245-246.

Windmill-arrest,⁸⁶ waarin een werknemer van de trap viel en letsel opliep en de werkgever was tekortgeschoten doordat geen trapleuning voorhanden was, was het de vraag of het letsel niet ook zou zijn ontstaan als de trapleuning er wel was geweest. Achteraf is het echter (vrijwel) niet mogelijk om dat te bewijzen. Zou de bewijslast ten aanzien van het causaal verband op de werknemer rusten, dan zou dat betekenen dat een werkgever zich in mindere mate gedwongen kan voelen om een dergelijk veiligheidsvoorschrift als het voorhanden hebben van een trapleuning na te leven. Het risico dat hij aansprakelijk wordt gehouden, is namelijk niet zo groot indien de werknemer die valt moet bewijzen dat dit komt door de trapleuning en niet doordat hij om een andere reden zijn evenwicht verloor. Omkering van de bewijslast ten aanzien van het causaal verband kan daarom een goed middel zijn om een goede uitvoering van veiligheidsvoorschriften te bevorderen.

Daar komt bij dat bij arbeidsongevallen en beroepsziekten vaak het probleem speelt dat naast de niet nakoming van zijn zorgplicht door de werkgever ook onvoorzichtigheid van de werknemer de oorzaak van het ongeval of de ziekte is. In het stelsel van artikel 7:658 BW kan onvoorzichtigheid van de werknemer echter alleen bij hem in rekening worden gebracht indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. De reden hiervan is dat een werknemer in de dagelijkse omgang met gevaarlijke machines of stoffen of andere omstandigheden mogelijk niet altijd de vereiste voorzichtigheid in acht neemt. Uitgangspunt is dat dit niet bij hem in rekening wordt gebracht. Zou de werknemer nu in een geval als het *Windmill*-arrest moeten bewijzen dat de ontbrekende trapleuning daadwerkelijk de oorzaak is van zijn val, dan betekent dit dat in feite zijn eigen onvoorzichtigheid – die naar alle waarschijnlijkheid (ook) de reden is voor zijn val – voor zijn rekening wordt gebracht in plaats van voor rekening van de werkgever, dit terwijl er geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid.⁸⁷

Zou echter alleen worden gekeken naar de strekking van de norm als criterium voor een verschuiving van de bewijslast van het causaal verband tussen normschending en letsel, dan dreigt het risico dat een werkgever aansprakelijk wordt gehouden voor letsel dat hij niet heeft veroorzaakt. Bij klassieke arbeidsongevallen is dat risico niet zo groot omdat daarbij meestal wel vaststaat dat een bepaald ongeval op de werkplek heeft plaatsgevonden. Bij monocausale beroepsziekten, dat wil zeggen beroepsziekten die maar één oorzaak kennen,⁸⁸ is het risico evenmin groot omdat het verband met het werk dan ook wel valt te leggen. Zoals we hierna zullen zien, is het risico dat de werkgever aansprakelijk wordt gehouden

86 HR 21 juni 1974, *NJ* 1974, 453 (*Windmill*/Roelofsen, ook wel aangeduid als de ontbrekende trapleuning).

87 Zo ook A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer, 1997, p. 404-405.

88 Mesothelioom bijvoorbeeld is altijd het gevolg van blootstelling aan asbeststof.

HOOFDSTUK 3

voor letsel dat niet het gevolg is van zijn tekortkoming bij psychische ziekten wel zeer duidelijk aanwezig. Daarom komt bij psychische ziekten – en bij vergelijkbare multicausale ziekten als RSI, OPS e.d. – aan het toepassingsvereiste van het feitelijk aannemelijk zijn van het causaal verband naar verhouding veel gewicht toe.⁸⁹

Daarmee is niet gezegd dat het andere vereiste, de strekking van de norm, dan geheel kan komen te vervallen. Indien dat het geval zou zijn, zou geen sprake meer zijn van een omkeringsregel, maar van een constructie van het op voorhand aannemelijk achten van het bestaan van causaal verband, waartegen de werkgever dan tegenbewijs kan leveren. In de literatuur is wel betoogd dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat de omkeringsregel eigenlijk niet meer is dan het aannemen van een rechterlijk vermoeden van het bestaan van causaal verband.⁹⁰ Dit lijkt mij, in elk geval waar het gaat om werkgeversaansprakelijkheid, niet juist, nu de Hoge Raad in zijn arresten waarin de bewijslast van het causaal verband op de werkgever wordt gelegd, elke keer refereert aan aard en strekking van de geschonden norm.⁹¹ Een dergelijke uitleg lijkt me ook niet wenselijk omdat, wederom in elk geval op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid, aan het criterium van de strekking van de geschonden norm een belangrijke betekenis toekomt als prikkel tot naleving van de norm en teneinde te voorkomen dat eigen schuld van de werknemer in de zin van onvoorzichtigheid op het werk voor zijn rekening wordt gebracht.⁹²

89 Vegter, "Bewijslastverdeling bij RSI", *TVP* 2004, p. 7-9.

90 Zie onder andere T. Hartlief, *Ars Aequi* 2003, p. 298-306; J.W. Hoekzema, *NTBR* 2003, p. 232-241.

91 Zie onder meer HR 21 juni 1974, *NJ* 1974, 453 m.nt. GJS (Windmill/Roelofsen); HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572 m.nt. PAS (De Kok/Jansen's Schoonmaakbedrijven); HR 22 maart 1991, *NJ* 1991, 420 (Roeffen/Thijssen); HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 m.nt. PAS (Cijssouw I); HR 9 juni 1995, *NJ* 1995, 630 (Van de Luytgaarden/Schuurink); HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198 m.nt. PAS (Pollemans/Hoondert); HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 398 (Fortes/Smits); en ten aanzien van geestelijk letsel als gevolg van schending van de norm van art. 7:611 BW: HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667 m.nt. PAS (Nuts/Hofman).

92 De discussie over het onderscheid tussen de omkeringsregel en de constructie van het rechterlijk vermoeden wordt ook ingegeven door het feit dat in het eerste geval de werkgever volledig tegenbewijs zou moeten leveren, terwijl in het tweede geval het ontkrachten van de aannemelijkheid voldoende zou zijn. Ik laat deze discussie hier verder rusten en merk alleen op dat mijns inziens bewijs en tegenbewijs communicerende vaten zijn in die zin dat sterker tegenbewijs moet worden geleverd als sterker 'gewoon' bewijs is geleverd. Zie Vegter, "Bewijslastverdeling bij RSI", *TVP* 2004, p. 10.

3.6.5 *Zorgplicht en causaal verband als communicerende vaten*

Artikel 7:658 BW kent, gezien het voorgaande, een ingewikkeld systeem van bewijslastverdeling met twee vormen van omkering van de bewijslast, ten aanzien van de zorgplicht en ten aanzien van het causaal verband tussen schade en tekortkoming. Beide vormen van omkering van de bewijslast lopen bovendien in belangrijke mate in elkaar over. In de meeste gevallen zal de omvang van de stelplicht en de bewijslast van de ene partij worden bepaald door hetgeen de andere partij aanvoert. Het arrest Unilever/Dikmans vormt hiervan een heldere illustratie.⁹³ In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat, waar het gaat om beroepsziekten, vragen omtrent causaal verband tussen werk en ziekte en vragen betreffende de zorgplicht gezamenlijk behandeld moeten worden, en dat “een werknemer, bij een beroepsziekte die het gevolg kan zijn van blootstelling aan gevaarlijke stoffen, niet zozeer de ziekte/schade, maar de blootstelling moet stellen en bewijzen.” Bewijst de werknemer de blootstelling, dan moet de werkgever vervolgens bewijzen dat hij zijn zorgplicht heeft nageleefd. Slaagt de werkgever daar niet in en is door het niet naleven van zijn zorgplicht de kans op het ontstaan van de beroepsziekte vergroot, dan wordt ook causaal verband tussen tekortschieten en ziekte aangenomen, behoudens tegenbewijs door de werkgever. De bewijslast verschuift dus naar de werkgever op het moment dat de werknemer bewijst dat hij blootgesteld is geweest aan gevaarlijke stoffen. De bewijslast van de werknemer wordt hierdoor verlicht. Hij hoeft niet het tekortschieten van de werkgever te bewijzen of de causale relatie tussen zijn ziekte en de stoffen waaraan hij blootgesteld is geweest, maar alleen de blootstelling zelf.

Het causaal verband tussen ziekte van de werknemer en tekortschieten door de werkgever omvat in een zaak als deze automatisch het causaal verband tussen de ziekte en de werkzaamheden van de werknemer. Wordt eenmaal aangenomen, met behulp van een omkering van de bewijslast ten aanzien van het causaal verband tussen tekortschieten en ziekte, dat er causaal verband tussen beide bestaat, behoudens tegenbewijs door de werkgever, dan wordt tegelijkertijd – impliciet – aangenomen dat de ziekte/schade is ontstaan in de uitoefening van de werkzaamheden. De werknemer hoeft dat dan niet meer apart te bewijzen. De causale relatie tussen werk en ziekte gaat dan als het ware op in de causale relatie tussen tekortschieten en ziekte. Dit is overigens geen algemene regel. Zoals we hierna nog zullen zien, kan bijvoorbeeld bij psychische ziekten niet zonder meer gezegd worden dat met het bestaan van causaal verband tussen tekortschieten en psychische ziekte ook het causaal verband tussen werk en psychische ziekte is gegeven. Er kan namelijk ook nog een andere oorzaak voor de psychische klachten zijn die buiten het werk is gelegen. Bijzonder in Unilever/Dikmans was dat zorgplicht en causaal verband samenvielen. Op het moment dat vaststond dat Unilever Dikmans ten onrechte aan gevaarlijke stoffen had blootgesteld, stond zowel haar

93 HR 17 november 2000, JAR 2000, 261; NJ 2001, 596 m.nt. DA.

HOOFDSTUK 3

tekortschieten vast alsook, behoudens tegenbewijs door Unilever, de causale relatie tussen tekortschieten en de ziekte van Dikmans en, als onderdeel daarvan, tevens de relatie tussen de werkzaamheden van Dikmans en zijn klachten. Had Dikmans de klachten ook 'zomaar' kunnen krijgen of door blootstelling aan gevaarlijke stoffen in de privé-sfeer, dan had een omkering van de bewijslast ten aanzien van het causaal verband minder voor de hand gelegen.

Uit het arrest Unilever/Dikmans kan verder worden afgeleid dat de stelplicht en bewijslast van werkgever en werknemer communicerende vaten zijn. Naarmate de werknemer meer stelt en bewijst over de causale relatie tussen ziekte en werk zal de werkgever meer moeten aanvoeren om aan te tonen dat hij zijn zorgplicht heeft nageleefd, terwijl als de werknemer meer stelt over de niet-nakoming door de werkgever van zijn zorgplicht, de werkgever meer moet stellen over het ontbreken van causaal verband tussen tekortkoming en schade. Het is dan ook nauwelijks mogelijk om met betrekking tot stelplicht en bewijslast een strikt onderscheid te maken tussen zorgplicht en causaal verband. Beide elementen zijn nauw met elkaar verweven en vormen veelal samen één stap bij de beoordeling van de vraag of een werkgever aansprakelijk is.⁹⁴ Dit is alleen anders in die gevallen waarin een werknemer vrij eenvoudig kan bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van de werkzaamheden en de bewijslast ten aanzien van de zorgplicht vervolgens naar de werkgever schuift. Het gaat dan meestal om de meer klassieke arbeidsongevallen. Zoals we hierna nog zullen zien, doet deze situatie zich bij psychische ziekten niet vaak voor.

3.6.6 *Psychische ziekten: schade in de uitoefening van de werkzaamheden en omkering van de bewijslast ten aanzien van de zorgplicht*

De hiervoor beschreven regels en uitgangspunten dienen naar mijn mening ook te gelden voor psychische ziekten. Vanuit de gedachte dat er geen reden is om psychische ziekten principieel anders te behandelen dan fysieke, is er ook geen reden om te pleiten voor een geheel andere verdeling van de bewijslast. Wél is het zo dat de klassieke bewijslastverdeling bij psychisch letsel in de regel niet onverkort gevolgd kan worden. Dit volgt uit de aard en kenmerken van psychisch letsel. Deze brengen mee dat op de werknemer die vergoeding van psychisch letsel vordert, bij de toepassing van artikel 7:658 BW een zwaardere bewijslast komt te liggen dan bij (de meer klassieke vormen van) fysiek letsel.

In de eerste plaats zal het voor een werknemer vermoedelijk niet eenvoudig zijn om te bewijzen dat hij psychisch ziek is geworden door de werkzaamheden. Zoals gezegd, is het kenmerkend voor psychische ziekten dat deze vaak meer-

94 Zie ook L. Bier, "De kunst van het zoeken. Hoe te voldoen aan de stelplicht bij de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten", *Verkeersrecht* 2001, p. 133-139 en Ktr. Brielle 11 maart 2003, *JAR* 2003, 93 (Campan/Köpcke Trading).

dere oorzaken hebben, waaronder in het werk gelegen oorzaken, in de privé-sfeer gelegen oorzaken en persoonsgebonden oorzaken. Dat betekent dat op het moment dat vaststaat dat een werknemer daadwerkelijk een psychische stoornis heeft, de relatie met het werk nog geenszins vastligt. Dit geldt temeer indien collega's van een werknemer die onder vergelijkbare omstandigheden hebben gewerkt, niet psychisch ziek zijn geworden. De vraag dringt zich dan op of het wel het werk is dat de ziekte heeft veroorzaakt. Wil een werknemer het causaal verband tussen ziekte en werk bewijzen, dan zal hij daarom al snel gehouden zijn om aan te tonen dat in zijn geval sprake was van bijzondere omstandigheden op het werk. Dergelijke bijzondere omstandigheden zullen in de regel gelegen zijn op het vlak van het niet nakomen door de werkgever van bepaalde verplichtingen ter voorkoming van de psychische ziekte van de werknemer. In deel II van dit boek zullen van dit mechanisme verschillende voorbeelden uit de rechtspraak worden gegeven. Hier zal worden volstaan met een gefingeerd voorbeeld ten einde een en ander te illustreren.

Een werknemer, afdelingsmanager, stelt dat hij een burn-out heeft opgelopen als gevolg van een structureel te hoge werkdruk. De werkgever erkent dat de werkdruk voor afdelingsmanagers inderdaad hoog is, maar meent dat deze niet te hoog is. Een hoge werkdruk is volgens de werkgever inherent aan de functie van afdelingsmanager. De werkgever wijst er daarbij op dat de werknemer de enige afdelingsmanager is die door burn-out ziek is geworden.

Stelt deze werknemer enkel dat hij ziek is geworden door de hoge werkdruk, dan is er een aanzienlijke kans dat de rechter oordeelt dat hij onvoldoende heeft aangetoond dat hij daadwerkelijk arbeidsongeschikt is geraakt in de uitoefening van zijn werk. De werknemer zal daarom aanvullende omstandigheden moeten stellen. Deze zouden bijvoorbeeld kunnen zijn dat hij extra taken heeft gekregen in aanvulling op zijn reguliere werk, dat zich op zijn afdeling problemen hebben voorgedaan die elders niet speelden, dat hij aandacht heeft gevraagd voor zijn problemen maar niet kreeg, etc. Dergelijke stellingen hebben echter niet alleen betrekking op de causale relatie tussen ziekte en werk, maar ook op het niet nakomen door de werkgever van zijn verplichtingen. Wat de werknemer in wezen stelt, is namelijk dat hij ten onrechte te zwaar belast is geweest met extra taken en problemen en dat hij ten onrechte geen gehoor heeft gekregen voor zijn klachten. Daarmee voert hij in feite aan dat de werkgever zijn zorgplicht niet heeft nageleefd. De werknemer zal er derhalve in de regel niet aan ontkomen om, als onderdeel van zijn verplichting om te bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van de werkzaamheden, het een en ander te stellen over de zorgverplichtingen van de werkgever en de niet-naleving daarvan. Dat betekent dat, waar het gaat om psychische ziekten, een werknemer in beginsel slechts bewijs kan leveren van de causale relatie tussen ziekte en werk door daar ook het tekortschieten door zijn werkgever bij te betrekken. In die zin is de bewijslast van de werknemer bij psychische ziekten zwaarder dan bij sommige lichamelijke ziekten, waar het bewijs van oorzakelijk verband wel geleverd kan worden zonder

HOOFDSTUK 3

dat naar de zorgplicht van de werkgever gekeken wordt. Dit geldt overigens alleen voor die fysieke ziekten die alleen kunnen worden veroorzaakt door omstandigheden op het werk. Zodra sprake is van een ziekte die ook niet werkgerelateerde oorzaken kan hebben, zal zich dezelfde problematiek voordoen als bij psychische ziekten.

Een psychisch zieke werknemer zal daarnaast, zolang niet duidelijk is wanneer een verplichting ter voorkoming van psychisch letsel nu precies kan worden aangemerkt als een verplichting als bedoeld in artikel 7:658 BW, de rechter ervan moeten overtuigen dat in zijn zaak een verplichting als bedoeld in artikel 7:658 BW in het geding is, althans indien hij toepassing van dit artikel wil bewerkstelligen. In dat verband zal de werknemer moeten aangeven in welke verplichting de werkgever naar zijn mening is tekortgeschoten alsook waarom dit een verplichting in de zin van artikel 7:658 BW is. Ook in dit opzicht kan de werknemer dus niet volstaan met stellingen over het causaal verband tussen ziekte en werk. De zaak Chubb Lips/Jansen vormt van deze problematiek een duidelijke illustratie. In deze zaak oordeelde de rechtbank immers dat artikel 7:658 BW niet van toepassing was, onder meer niet omdat Jansen niet had aangetoond dat Chubb Lips een concreet voorschrift gericht op het voorkomen van zijn schade had geschonden.⁹⁵ Kennelijk had Jansen moeten aangeven welk voorschrift Chubb Lips had geschonden en waarom dit een voorschrift als bedoeld in artikel 7:658 BW was. Deze relatief uitgebreide stelplicht van de werknemer zal wellicht in de loop der tijd in omvang afnemen indien meer duidelijkheid ontstaat over de vraag welke verplichtingen van de werkgever ter voorkoming van geestelijk letsel kunnen worden aangemerkt als verplichtingen in de zin van artikel 7:658 BW en welke niet. De werknemer zal dan op een gegeven moment alleen nog hoeven aan te geven welk concreet voorschrift er is geschonden en niet meer of dit een voorschrift als bedoeld in artikel 7:658 BW is of niet. Op dit moment zal een werknemer er echter, als hij de toepassing van artikel 7:658 BW wil bewerkstelligen, niet aan ontkomen om in te gaan op de aard van de in zijn visie geschonden zorgplicht. Het arrest in de zaak ABN AMRO/Nieuwenhuys doet daar niet aan af, nu daarin wel is beslist dat artikel 7:658 BW betrekking kan hebben op psychisch letsel, maar niet wanneer een zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel kan worden aangemerkt als een verplichting als bedoeld in artikel 7:658 BW.⁹⁶

3.6.7 Psychische ziekten en de omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband

Ook de omkeringsregel ten aanzien van het causaal verband zal bij psychisch letsel niet steeds op dezelfde wijze kunnen worden toegepast als bij (de klassieke vormen van) fysiek letsel. Reden hiervoor is vooral dat psychische ziekten meerdere oorzaken kunnen hebben die niet allen in het werk gelegen behoeven te zijn.

⁹⁵ HR 30 januari 1998, JAR 1998, 82; NJ 1998, 476 (Chubb Lips/Jansen).

⁹⁶ Zie ook § 3.2.2.

Onverkorte toepassing van de omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband zou er dan toe kunnen leiden dat de werkgever aansprakelijk wordt gehouden voor letsel dat niet het gevolg is van omstandigheden op het werk. Daarnaast zal bij psychische ziekten de strekking van de norm niet altijd even specifiek kunnen worden aangegeven, omdat het nu eenmaal een tamelijk nieuw rechtsgebied betreft waarop in veel mindere mate sprake is van uitgekristalliseerde normen. Dat betekent niet dat de in § 3.6.4 genoemde toepassingsvereisten – de specifieke strekking van de norm en het feitelijk aannemelijk zijn van het bestaan van causaal verband – bij psychisch letsel niet als uitgangspunt kunnen worden genomen. Dit kan wel degelijk, alleen zal de invulling ervan niet steeds hetzelfde zijn als bij de (klassieke vormen van) fysiek letsel.

Het eerste vereiste voor toepassing van de omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband, te weten dat de niet nageleefde verplichting moet strekken tot bescherming tegen een specifiek gevaar, kan ook bij psychisch letsel worden gehanteerd. Zoals in het tweede deel van dit boek uitgebreid zal worden besproken, zijn er verschillende verplichtingen die specifiek strekken ter voorkoming van psychisch letsel. Eén voorbeeld daarvan is de verplichting die een werkgever heeft om een werknemer niet zodanig te overbelasten, bijvoorbeeld door hem langdurig de taken behorende bij twee functies te laten verrichten in plaats van bij één functie, dat hij daardoor psychisch ziek wordt. Een ander voorbeeld is de verplichting van een werkgever om in te grijpen als hij merkt of hoort dat een werknemer structureel gepest wordt door collega's en/of leidinggevenden. Van deze verplichtingen kan gezegd worden dat zij specifiek betrekking hebben op het risico van psychisch letsel door respectievelijk overbelasting en pesten. Uiteraard zijn er daarnaast ook gevallen waarin minder duidelijk is of een verplichting specifiek strekt ter voorkoming van psychisch letsel. Een verplichting ter voorkoming van een ongeval op de werkplek strekt in elk geval ter voorkoming van fysiek letsel. Of deze ook strekt ter voorkoming van het psychisch letsel van degene die het ongeval ziet gebeuren, is minder duidelijk. Hetzelfde geldt voor een verplichting om te voorkomen dat een werknemer wordt blootgesteld aan gevaarlijke stoffen. Een dergelijke verplichting strekt er met name toe om een fysieke ziekte door de blootstelling te voorkomen en pas in de tweede plaats mogelijk ook om psychisch letsel in de vorm van een alles beheersende angst om die ziekte te krijgen, tegen te gaan.

Al met al zal het niet steeds eenvoudig zijn om vast te stellen of een bepaalde verplichting voldoende specifiek strekt ter voorkoming van psychisch letsel. Dit lijkt echter ook een kwestie van tijd. Naarmate meer bekend wordt over de precieze oorzaken van psychische ziekten en de te nemen maatregelen om deze te voorkomen, zal ook beter kunnen worden aangegeven welke verplichtingen een werkgever in dit opzicht heeft. Op dit moment zal van geval tot geval bekeken moeten worden of een zodanig specifieke norm is geschonden dat mede daarom omkering van de bewijslast ten aanzien van het causaal verband voor de hand ligt. Daarbij spelen natuurlijk ook de achterliggende redenen voor omkering van de bewijslast van het causaal verband een rol, namelijk het verhogen van de effecti-

HOOFDSTUK 3

viteit van de geschonden norm en het voorkomen dat eigen schuld van de werknemer in de zin van onachtzaamheid op het werk voor zijn rekening komt.⁹⁷ Ook bij psychische ziekten geldt dat toepassing van de omkeringsregel aangewezen kan zijn om de effectiviteit van de verplichting te verhogen, omdat de prikkel tot naleving van de verplichting sterker zal zijn als het aan de werkgever in plaats van aan de werknemer is om te bewijzen dat schending van de verplichting de ziekte niet of wel heeft veroorzaakt. Evenzeer geldt het uitgangspunt dat een werknemer in de dagelijkse praktijk niet altijd geneigd zal zijn om op zijn gezondheid te letten, doch dat dit niet – behalve als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid – voor zijn rekening dient te komen, omdat uitgangspunt van het systeem van artikel 7:658 BW is dat de werknemer tot op zekere hoogte tegen zichzelf beschermd moet worden.⁹⁸

Het tweede vereiste voor toepassing van de omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband, te weten dat het bestaan van causaal verband tussen tekortkoming en letsel feitelijk aannemelijk dient te zijn, is bij psychische ziekten van groot belang. Indien een werknemer aantoont dat zijn werkgever een verplichting strekkende ter voorkoming van psychisch letsel niet heeft nageleefd – bijvoorbeeld hem heeft blootgesteld aan een (veel) te hoge werkdruk – betekent dat nog niet dat de psychische ziekte van de werknemer daardoor is veroorzaakt. Anders dan het geval was in *Unilever/Dikmans*,⁹⁹ waarin schending van de zorgplicht door Unilever en het bestaan van causaal verband tussen die schending en de ziekte van Dikmans samenvielen, is er bij psychische ziekten niet per definitie een één-op-één relatie tussen het zijn blootgesteld aan risicofactoren voor psychische ziekte (hoge werkdruk, structureel pesten, een onzorgvuldige beslissing over degradatie o.i.d.) en het daadwerkelijk krijgen daarvan. Aan het feit dat een werknemer psychisch ziek wordt, kunnen ook andere factoren ten grondslag liggen in plaats van omstandigheden op het werk, zoals factoren in de privé-sfeer van de werknemer. Ook kan sprake zijn van een combinatie van oorzaken zonder dat duidelijk is dat de werkomstandigheden de belangrijkste ziekmakende oorzaak zijn geweest.

Zou teveel nadruk op de strekking van de geschonden verplichting worden gelegd als voorwaarde voor een omkering van de bewijslast van het causaal verband, in de zin dat de werkgever, als vaststaat dat hij een verplichting niet heeft

97 Mijns inziens kunnen factoren in de privé-sfeer onder omstandigheden wel aan de werknemer worden toegerekend. Zie hierover § 3.8.

98 Van een absolute waarborg is uiteraard geen sprake. Een werkgever behoeft een werknemer niet koste wat het koste tegen zichzelf te beschermen, maar dient die maatregelen te nemen die redelijkerwijs nodig zijn. Dit criterium maakt echter ofwel deel uit van de beoordeling of een zorgplicht is geschonden of van de beoordeling of sprake is van eigen schuld en niet van de vaststelling van de causale relatie tussen schending van de zorgplicht en letsel. Zie verder § 3.3.1 en § 3.8.3.

99 HR 17 november 2000, *JAR* 2000, 261; *NJ* 2001, 596 m.nt. DA.

nageleefd ter voorkoming van psychisch letsel, moet bewijzen dat de ziekte van de werknemer daarvan *niet* het gevolg is, dan dreigt het risico dat de werkgever – omdat aan deze bewijslast vrijwel niet is te voldoen – aansprakelijk wordt gehouden voor letsel waarvan het maar de vraag is of dit (geheel) het gevolg is van omstandigheden op het werk. Dit risico kan wellicht in bijzondere gevallen gerechtvaardigd zijn ter verhoging van de effectiviteit van de geschonden verplichting, namelijk in die gevallen waarin er een heel nauw verband is tussen de strekking van de geschonden norm en de ontstane ziekte. In de meeste situaties zal echter aannemelijk moeten zijn geworden dat er ook (enig) causaal verband is tussen werk en ziekte. Heeft de werknemer dit voldoende aannemelijk gemaakt, dan kan er grond zijn om het laatste restje causaliteitsonzekerheid voor rekening van de werkgever te brengen.¹⁰⁰ Belangrijk in dit verband is met name of er ook andere potentiële oorzaken van de psychische klachten zijn dan het werk. Als deze geheel ontbreken, dan zal de conclusie sneller zijn dat het aannemelijk is dat de klachten het gevolg zijn van het werk dan wanneer er wel mogelijke andere oorzaken zijn.¹⁰¹

Bewijst de werknemer dat de werkgever een verplichting ter voorkoming van psychisch letsel heeft geschonden alsmede dat aannemelijk is dat daardoor zijn psychisch letsel is veroorzaakt, dan is het aan de werkgever om te bewijzen dat zijn tekortkoming het letsel *niet* heeft veroorzaakt. In dat geval omvat deze bewijslast van het ontbreken van het causaal verband tussen tekortkoming en letsel tevens het causaal verband tussen werk en letsel. Het is dan niet noodzakelijk dat de werknemer daarnaast nog afzonderlijk bewijst dat hij psychisch ziek is geworden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Ook deze bewijslast is dan in het kader van de algehele omkering van de bewijslast van het causaal verband naar de werkgever verschoven. Deze bewijslast is echter niet helemaal 'weg' in die zin dat de werknemer helemaal niets meer heeft hoeven aan te tonen over de causale relatie tussen werk en ziekte. De werknemer heeft immers, teneinde te voldoen aan het tweede vereiste voor verschuiving van de bewijslast naar de werkgever – het vereiste van het feitelijk aannemelijk zijn van het bestaan van causaal verband – enig bewijs moeten bijbrengen van de causale relatie tussen ziekte en werk, namelijk zoveel als nodig was om de bewijslast ten aanzien van het causaal verband voor het overige naar de werkgever te doen verschuiven. Deze bewijslast is echter lichter dan wanneer de werknemer volledig had moeten bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van de werkzaamheden. Daar staat dan weer tegenover dat hij heeft moeten aantonen dat de werkgever zijn zorgplicht niet heeft nageleefd. Een verschuiving van de bewijslast ten aan-

100 Vegter, "Bewijslastverdeling bij RSI", *TVP* 2004, p. 7-9.

101 Dit geldt temeer nu predisposities, die ook een oorzaak van psychische ziekten kunnen vormen, in beginsel voor rekening van de werkgever komen. Zie hierover uitgebreider § 3.7.

HOOFDSTUK 3

zien van het causaal verband is immers pas aan de orde wanneer het niet naleven van de zorgplicht is komen vast te staan.¹⁰²

Samenvattend: ook in geval van psychisch letsel kan er grond zijn om de bewijslast ten aanzien van het causaal verband tussen tekortkoming en letsel naar de werkgever te verschuiven, als is komen vast te staan dat de werkgever tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen. Wel dient dan vast te staan dat een norm is geschonden die specifiek strekte ter voorkoming van de ontstane ziekte alsook dat feitelijk aannemelijk is dat er een causale relatie bestaat tussen tekortkoming en ziekte. Vanwege het multicausale karakter van psychische ziekten, welk karakter kan meebrengen dat de ziekte mede het gevolg is van buiten het werk gelegen factoren, komt aan dit tweede criterium – het feitelijk aannemelijk zijn van het bestaan van causaal verband – relatief veel gewicht toe. De specifieke strekking van de norm alléén zal niet snel voldoende zijn voor een omkering van de bewijslast. Er kunnen zich echter bijzondere situaties voordoen waarin dit wel het geval is.

3.6.8 Tekortkomingen van benadering psychisch letsel langs de weg van de causaliteit

Door middel van de twee vormen van omkering van de bewijslast van artikel 7:658 BW (ten aanzien van de zorgplicht en ten aanzien van het causaal verband tussen schade en tekortkoming) wordt getracht om tot een benadering te komen waarin het meest recht wordt gedaan aan de bewijsrechtelijke positie waarin werkgever en werknemer zich bevinden in geschillen over de aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Deze benadering kent echter zijn beperkingen omdat uitgangspunt ervan is dat de werkgever ofwel volledig aansprakelijk is voor de schade van de werknemer ofwel geheel niet. Psychisch letsel zal echter niet steeds of volledig het gevolg zijn van omstandigheden op het werk of volledig het gevolg van omstandigheden in de privé-sfeer. Veelal zal er sprake zijn van meerdere, op elkaar inwerkende oorzaken. Het is dan niet redelijk om ofwel de werkgever hiervoor volledig aansprakelijk te houden ofwel de werknemer met lege handen naar huis te sturen.

Een oplossing voor dit dilemma kan worden gevonden in een verdeling van de causaliteit in die zin dat de werkgever aansprakelijk wordt gehouden voor dat gedeelte van het letsel dat het gevolg is van het werk en de werknemer voor dat gedeelte dat voortvloeit uit privé-omstandigheden. Het probleem hierbij is echter dat letsel niet goed in tweeën geknipt kan worden in die zin dat een deel wordt

102 Zie ook W.D.H. Asser, "De bewijslastverdeling in verband met art. 7:658 lid 2 BW" in C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer 2003, p. 75, die opmerkt dat voor een verschuiven van de bewijslast van het causaal verband tussen werk en schade alleen ruimte zou moeten zijn als een werknemer zodanige feiten stelt dat het causaal verband tussen de uitoefening van zijn werkzaamheden en zijn schade aannemelijk is.

toegeschreven aan werkgerelateerde oorzaken en een deel aan privé-oorzaken. Een ziekte is in beginsel niet te delen. Alleen op het moment dat kan worden vastgesteld dat een bepaalde oorzaak een bepaalde ziekteperiode heeft veroorzaakt en een andere oorzaak een andere periode, kan onderscheid gemaakt worden tussen een periode van psychische ziekte die het gevolg is van werkomstandigheden en een periode van psychische ziekte die voortvloeit uit de privé-sfeer. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een werknemer psychisch instort als gevolg van overbelasting, enige tijd ziek thuis zit, enigszins herstelt, maar vervolgens weer ernstiger klachten krijgt omdat een familielid overlijdt. De eerste ziekteperiode kan dan aan het werk worden toegeschreven en de tweede, vanaf het weer in ernst toenemen van de klachten, aan het overlijden in de privé-sfeer. In veel gevallen zal een dergelijke verdeling echter niet mogelijk zijn omdat oorzaken gelijktijdig zijn opgetreden en niet is aan te geven of een bepaald deel van de ziekte nu aan de ene of aan de andere oorzaak moet worden toegeschreven.

Vanwege de problemen met de deelbaarheid van een psychische ziekte is de route via de (gedeelde) causaliteit niet de meest praktische route om te bereiken dat een werkgever niet aansprakelijk wordt gehouden voor psychisch letsel dat het gevolg is van privé-factoren. De toepassing van artikel 6:101 BW ligt hiervoor meer voor de hand. Daarbij is het niet noodzakelijk dat wordt vastgesteld in hoeverre er een causale relatie is tussen een bepaalde oorzaak en (een gedeelte van) letsel, maar kan tot een verdeling gekomen worden aan de hand van omstandigheden die aan de ene of de andere partij kunnen worden toegerekend. Bovendien kan een duidelijke afweging worden gemaakt tussen wel en niet aan de werknemer of de werkgever toe te rekenen omstandigheden. De vraag is wel hoe een dergelijke toepassing van artikel 6:101 BW zich verhoudt met de rechtspraak van de Hoge Raad inzake de toerekening van predisposities en met de beperking van eigen schuld in artikel 7:658 BW tot opzet of bewuste roekeloosheid. Op deze twee kwesties zal nader worden ingegaan in respectievelijk § 3.7 en § 3.8. Eerst zal nog aandacht worden besteed aan de bewijslastverdeling ten aanzien van zorgplicht en causaal verband die artikel 7:611 BW kent, althans voor zover deze afwijkt van die van artikel 7:658 BW.

3.6.9 Bewijslastverdeling bij artikel 7:611 BW

Hetgeen hiervoor is opgemerkt ten aanzien van de bewijslastverdeling in het kader van artikel 7:658 BW geldt in grote lijnen ook voor artikel 7:611 BW. Het belangrijkste verschil tussen beide artikelen ligt in het feit dat artikel 7:611 BW geen specifieke omkeringsregel kent met betrekking tot de bewijslast van de zorgplicht. In beginsel dient een werknemer die zijn werkgever op grond van artikel 7:611 BW aansprakelijk stelt voor door hem opgelopen psychisch letsel, zowel te bewijzen dat zijn werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen ter voorkoming van psychisch letsel alsook dat er causaal verband bestaat tussen dit tekortschieten en het letsel. Artikel 7:611 BW kent niet de regel dat, als de werknemer aantoonst dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van de werkzaamheden,

HOOFDSTUK 3

de bewijslast ten aanzien van de zorgplicht naar de werkgever verschuift. Dat neemt niet weg dat het de rechter vrij staat om, als hij daartoe aanleiding ziet – bijvoorbeeld omdat weliswaar een beroep op artikel 7:611 BW is gedaan ter verkrijging van schadevergoeding maar de casus sterke gelijkenissen vertoont met het soort situaties waarop normaliter artikel 7:658 BW van toepassing is – in het kader van artikel 7:611 BW de bewijslast op dezelfde wijze te verdelen als uitgangspunt is bij artikel 7:658 BW. In de rechtspraak zijn hiervan wel voorbeelden te vinden.¹⁰³ Ook in de literatuur is wel gepleit voor een dergelijke benadering vanuit de gedachte dat het voor de bewijslastverdeling niet bepalend moet zijn of op basis van artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW wordt geprocedeerd, maar wat de aard is van de (beweerdelijk) geschonden verplichting van de werkgever.¹⁰⁴

De omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband kan bij artikel 7:611 BW evenzeer worden toegepast als bij artikel 7:658 BW, namelijk als is voldaan aan de toepassingsvereisten daarvoor, zijnde dat een verplichting is geschonden die specifiek strekte ter voorkoming van het in het geding zijnde risico alsmede dat aannemelijk is gemaakt dat dit risico zich in het concrete geval heeft verwezenlijkt. Dit volgt niet zozeer uit de arresten die de Hoge Raad over de omkeringsregel bij werkgeversaansprakelijkheid heeft gewezen, doch wel uit een reeks van arresten op het terrein van het algemene aansprakelijkheidsrecht. Daaruit blijkt namelijk dat de omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband niet alleen kan worden toegepast in geval van schending van een verkeers- of veiligheidsnorm, zoals voorheen wel werd aangenomen, maar ook in geval van schending van een gewone zorgvuldigheidsnorm, mits aan de vereisten met betrekking tot de strekking van de norm en het feitelijk aannemelijk zijn van het bestaan van causaal verband is voldaan.¹⁰⁵

In het algemeen zal waarschijnlijk sneller zijn voldaan aan het vereiste van de specifieke strekking van de norm waar het gaat om schending van een zorgplicht als bedoeld in artikel 7:658 BW dan bij schending van een verplichting uit hoofde van artikel 7:611 BW. Verplichtingen als bedoeld in artikel 7:658 BW zijn in de regel immers specifiekier dan die voortvloeiend uit artikel 7:611 BW. Daar komt bij dat verplichtingen als bedoeld in artikel 7:611 BW in de regel niet primair verplichtingen zullen zijn die strekken ter voorkoming van letsel. Daarvoor is immers artikel 7:658 BW geschreven. Vaker zal het bij artikel 7:611 BW gaan om meer

103 Bijvoorbeeld met betrekking tot schepelingen: Ktr. Rotterdam 4 juni 2002, *JAR* 2002, 183. Zie ook de jurisprudentie over werknemers die sinds 1 januari 1999 onder het bereik van art. 7:658 lid 4 BW vallen, maar voor die tijd op basis van onrechtmatige daad moesten procederen: HR 15 juni 1990, *NJ* 1990, 716 (Stormer/Vedox); Hof Arnhem 7 mei 1996, *JAR* 1996, 127.

104 S.D. Lindenberg, *AV&S* 2003, p. 22.

105 Zie bijvoorbeeld HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 m.nt. WMK (Dicky Trading II); HR 27 oktober 2000, *NJ* 2001, 119 m.nt. MMM (Amev/Sjors); HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 m.nt. Van Wijmen en JBMV (MCL/In 't Hout).

algemene fatsoensverplichtingen (zorgvuldigheidsverplichtingen) die alleen in bepaalde omstandigheden mede de strekking kunnen hebben om bescherming te bieden tegen psychische ziekte. Alleen in die omstandigheden zal dan aan het 'specificiteitsvereiste'¹⁰⁶ voldaan zijn en zal er om die reden aanleiding zijn voor omkering van de bewijslast van het causaal verband. In de meeste situaties zal dit niet het geval zijn en zal een omkering van de bewijslast, in elk geval vanuit de norm bezien, niet direct voor de hand liggen.

Ik geef een voorbeeld om de zaak te verduidelijken: Een werknemer wordt psychisch ziek doordat zijn werkgever een collega in een functie benoemt die oorspronkelijk aan hem was toegezegd, dit omdat hij niet tijdig genoeg instemt met de arbeidsvoorwaarden.¹⁰⁷ Gezegd kan worden dat deze werkgever in strijd met artikel 7:611 BW heeft gehandeld door de werknemer niet de tijd te gunnen rustig na te denken over de geboden arbeidsvoorwaarden alvorens de functie te aanvaarden. Van deze verplichting kan mijns inziens niet gezegd worden dat hij specifiek strekt ter voorkoming van ziekte van de werknemer. De verplichting heeft hoofdzakelijk de strekking om te waarborgen dat de werkgever meer in het algemeen rekening houdt met de belangen van de werknemer. Als de werkgever er echter van op de hoogte is dat de werknemer psychisch kwetsbaar is en weet of behoort te weten dat het vergeven van 'zijn' functie aan een ander net die omstandigheid kan zijn die daadwerkelijk ziekte veroorzaakt, kan dit anders liggen. De tekortkoming van de werkgever kan dan, als er ook een feitelijk vermoeden is dat de ziekte door het mislopen van de functie komt, voldoende zijn om de bewijslast dat er geen causaal verband bestaat tussen het niet aan de werknemer gunnen van de functie en zijn ziekte op de werkgever te leggen. In alle andere gevallen zal hiervoor onvoldoende aanleiding zijn.

Met betrekking tot het tweede vereiste voor de toepassing van de omkeringsregel, het feitelijk aannemelijk zijn van het causaal verband, geldt bij artikel 7:611 BW, evenals bij artikel 7:658 BW, dat dit op zodanige wijze moet worden ingevuld dat voorkómen wordt dat de werkgever aansprakelijk wordt gehouden voor letsel dat niet het gevolg is van omstandigheden op het werk, maar van gebeurtenissen in de privé-sfeer van de werknemer. Ook hier kan worden opgemerkt dat een benadering langs de weg van de causaliteit minder geschikt lijkt om dit risico te voorkomen dan een benadering via artikel 6:101 BW.

106 Deze term is afkomstig van Akkermans, oratie 2002, p. 139-140, en houdt in dat één van de toepassingsvereisten voor omkering van de bewijslast van het causaal verband tussen normschending en schade is dat een norm is geschonden die de specifieke strekking had om bescherming te bieden tegen het risico dat zich in het concrete geval heeft verwezenlijkt.

107 Zie voor een vergelijkbare casus, maar dan in een ontslagzaak: Ktr. Roermond 19 oktober 1993, *Prv* 1994, 4039.

HOOFDSTUK 3

3.6.10 *Conclusie ten aanzien van de verdeling van stelplicht en bewijslast bij artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW*

Concluderend kan gezegd worden dat de bewijslastverdeling van artikel 7:611 BW voor een werknemer minder gunstig is dan die van artikel 7:658 BW. Waar het gaat om de aansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel lijkt het verschil tussen beiden echter niet groot te zijn. Ook als een werknemer zich op artikel 7:658 BW beroept, zal hij naar alle waarschijnlijkheid het een en ander moeten stellen over de in het geding zijnde zorgplicht en de niet-naleving daarvan door de werkgever omdat zonder dat veelal niet zal zijn aan te tonen dat zijn psychische ziekte het gevolg is van het werk.¹⁰⁸ Het verschil met het daadwerkelijk moeten bewijzen, in het kader van artikel 7:611 BW, dat sprake is van een tekortkoming van de werkgever is dan gering. Dit geldt ook met betrekking tot de toepassingsvereisten voor een omkering van de bewijslast van het causaal verband tussen tekortkoming en ziekte in de situatie waarin de tekortkoming van de werkgever vaststaat. Het feit dat sprake is van een psychische, en daarmee van een mogelijk multicausale ziekte en de specifieke strekking van de geschonden norm in een concrete situatie leggen daarbij, naar het zich laat aanzien, meer gewicht in de schaal dan de omstandigheid dat op basis van artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW wordt geïncasséerd.¹⁰⁹ Dat neemt niet weg dat de gunstige bewijslastverdeling bij artikel 7:658 BW uitgangspunt blijft, zodat afwijkingen bepleit moeten worden, terwijl bij artikel 7:611 BW het omgekeerde geldt. In die zin biedt een beroep op artikel 7:658 BW voor een werknemer meer mogelijkheden dan een beroep op artikel 7:611 BW.

3.7 Toerekening in de zin van artikel 6:98 BW

3.7.1 *Algemene aspecten van toerekening en ratio daarvan*

In de vorige paragrafen is het leerstuk van het *conditio sine qua non*-verband tussen tekortkoming en letsel besproken. Een ander aspect van causaliteit betreft de toerekening van schade aan de aansprakelijke partij conform artikel 6:98 BW. Toerekening is, anders dan de vaststelling van *causa*-verband, een normatieve kwestie. De vraag of er *causa*-verband bestaat tussen schade en tekortkoming – dat wil zeggen dat de schade niet ontstaan zou zijn als er geen tekortkoming was geweest – is een feitelijke vraag, hoewel normatieve elementen wel een rol kunnen spelen bij de bewijslastverdeling. Bij toerekening in de zin van artikel 6:98 BW gaat het zuiver om de normatieve vraag of bepaalde schade en/of bepaalde schadeposten aan de aansprakelijke partij kunnen worden toegerekend. Deze vraag komt in beginsel alleen aan de orde als het *causa*-verband tussen schade-

¹⁰⁸ Zie § 3.6.6.

¹⁰⁹ In dezelfde zin Lindenberg, *AV&S* 2003, p. 21-22.

(posten) en tekortkoming al vaststaat. Het kan dus zijn dat vaststaat dat een bepaalde gebeurtenis een bepaalde schade heeft veroorzaakt, maar dat deze schade toch niet wordt toegerekend.

Belangrijke elementen bij de vraag of toerekening wenselijk is, zijn het soort norm dat is geschonden (aard van de aansprakelijkheid), het soort schade dat is ontstaan (aard van de schade) en de voorzienbaarheid van de schade. Is een bepaalde schade duidelijk voorzienbaar, dan zal deze sneller worden toegerekend dan wanneer het ontstaan van de schade minder in de rede lag. Verder is van belang wat voor soort verplichting is geschonden en wat voor soort letsel is ontstaan.¹¹⁰ Bij schending van een verplichting op het gebied van veiligheid en verkeer en bij schending van een norm die strekt tot het voorkomen van letsel wordt schade sneller toegerekend dan wanneer een gewone zorgvuldigheidsnorm is geschonden. Verder wordt letselschade sneller toegerekend dan andere vormen van schade, bijvoorbeeld zuiver economische schade. Letsel dat het gevolg is van schending van een verplichting als bedoeld in artikel 7:658 BW wordt dus in principe ruim toegerekend, omdat zowel sprake is van letselschade als van schending van een veiligheidsverplichting. Letselschade als gevolg van schending van een verplichting als bedoeld in artikel 7:611 BW kan ruim worden toegerekend, indien de geschonden verplichting strekte tot het voorkomen van letsel. In dat geval wijzen zowel de aard van de geschonden verplichting als de aard van de schade in de richting van een ruime toerekening. Is een zuivere fatsoensnorm geschonden, waarbij het de vraag is of deze (mede) strekte ter voorkoming van letsel, dan ligt een ruime toerekening niet direct voor de hand.

Als schade ruim wordt toegerekend, betekent dit dat ook die schade aan de werkgever wordt toegerekend die buiten de normale lijn der verwachtingen ligt. In de regel gaat het daarbij om schade als gevolg van een predispositie, dat wil zeggen een aanleg of extra kwetsbaarheid van de werknemer voor lichamelijk of geestelijk letsel. Ook kan sprake zijn van andere gebeurtenissen waarvan het de vraag is of die de causaliteitsketen doorbreken. Een bekend voorbeeld uit de rechtspraak is het arrest Joe/Chicago Bridge, waarin werknemer Joe knieletsel oploopt als gevolg van een vallend stuk ijzer. Joe ontwikkelt vervolgens ook psychische klachten als gevolg van het feit dat de behandelend artsen zijn tekortgeschoten bij het onderzoeken en/of behandelen van het knieletsel. De vraag in cassatie is of deze psychische klachten nog wel aan de werkgever zijn toe te rekenen of dat deze voor rekening van Joe zelf komen of wellicht van de behandelend artsen. De Hoge Raad oordeelt dat het tekortschieten van de artsen de causaliteitsketen niet doorbroken heeft.¹¹¹

110 Vgl. T&C (Oosterveen), aant. 2 tot en met 7 bij art. 98 van boek 6 BW.

111 HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 136 m.nt. CJHB.

HOOFDSTUK 3

“Het gaat hier om – beweerde – arbeidsongeschiktheid van een werknemer die lichamelijk letsel heeft opgelopen ten gevolge van een ongeval dat te wijten is aan schending door zijn werkgever van een rechtsnorm welke – mede – ertoe strekt de werknemer tegen het gevaar van letsel te beschermen.

Indien in een zodanig geval het in de normale lijn der verwachtingen liggende herstel van arbeidsongeschiktheid uitblijft of vertraging ondervindt als gevolg van een tekortschieten door de betrokken artsen met betrekking tot het onderzoeken en/of het behandelen van het letsel, zal het uitblijven van of de vertraging in het herstel in het algemeen als een gevolg van het ongeval aan de werkgever moeten worden toegerekend, ook wanneer, zoals het hof te deze kennelijk heeft aangenomen, dat medische tekortschieten slechts door en in samenhang met de – door diens persoonlijke predispositie bepaalde – psychische reactie daarop heeft kunnen leiden.

Het vorenstaande zou slechts anders zijn onder bijzondere omstandigheden bijv. indien de werknemer zou hebben nagelaten van zijn kant alles in het werk te stellen wat redelijkerwijs – mede in aanmerking genomen zijn persoonlijkheidsstructuur – van hem kan worden verlangd om tot het herstelproces bij te dragen. Dat zodanige omstandigheden zich hebben voorgedaan, heeft het hof echter niet vastgesteld.

Dit alles laat overigens onverlet dat de persoonlijke predispositie van de werknemer en de daaruit in het algemeen voortvloeiende risico's voor het ontstaan van klachten als de onderhavige wel een factor kunnen vormen waarmee rekening valt te houden bij de begroting van de schade.”

Voor zover een bepaalde schade door een lichamelijke of geestelijke predispositie van de werknemer groter is dan normaliter verwacht had mogen worden, wordt deze dus ook aan de werkgever toegerekend. Dit is alleen anders als de werknemer, ook gelet op zijn persoonlijkheidsstructuur, zich te weinig heeft ingespannen om te herstellen. Wel kan met de gevolgen van de predispositie rekening worden gehouden bij de schadebegroting. In dat verband moet worden vastgesteld wat de precieze omvang van de schade is. Komt daarbij vast te staan dat de werknemer als gevolg van zijn predispositie hoe dan ook – het ongeval op het werk weggedacht – op enig moment arbeidsongeschikt zou zijn geworden, dan zal in beginsel alleen de schade tot aan dat moment voor vergoeding in aanmerking komen.

De Hoge Raad heeft in een reeks van arresten, waarin letsel was ontstaan door schending van een veiligheidsnorm, een verkeersnorm of een norm die wellicht het beste omschreven kan worden als strekkende ter voorkoming van letsel, de schade van het slachtoffer volledig aan de aansprakelijke partij toegerekend, ook voor zover deze schade het gevolg was van een predispositie van het slachtoffer.¹¹² Ratio daarvoor was, in elk geval in de arresten waarin het ging om schen-

112 De klassiekers op dit gebied zijn HR 9 juni 1972, *NJ* 1972, 360 m.nt. GJS (neurotische depressie); HR 21 maart 1975, *NJ* 1975, 372 m.nt. GJS (coronaire trombose); HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 137 m.nt. CJHB (Henderson/Gibbs); HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 751 m.nt. CJHB (ABP/Van Stuyvenberg). Zie voor een bespreking van deze arresten Hartlief, 1995, p. 27-49. Op het karakter van normen strekkende ter voorkoming van letsel kom ik hierna nog terug.

ding van een verkeers- of veiligheidsverplichting, dat bij schending van dit soort verplichtingen rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, ongeacht hoe deze zich in het concrete geval voordoen. Ook buiten de normale lijn der verwachting liggende schade moet daarom worden toegerekend. Naar het oordeel van de Hoge Raad bestaat er in dit opzicht een verschil tussen verkeers- en veiligheidsverplichtingen enerzijds en gewone zorgvuldigheidsverplichtingen anderzijds.¹¹³ Bij schending van gewone zorgvuldigheidsverplichtingen behoeft in beginsel geen rekening gehouden te worden met ernstige gevolgen. De Hoge Raad rekent schade ook ruim toe in gevallen waarin de geschonden verplichting strekte tot bescherming tegen letsel, ongeacht of deze verplichting een verkeers- of veiligheidsverplichting was.¹¹⁴ Ook bij dit soort verplichtingen kan gezegd worden dat bij overtreding ervan rekening gehouden moet worden met ernstige gevolgen.

Zoals gezegd, is niet alleen de aard van de geschonden norm – een verkeersnorm, veiligheidsnorm of norm die strekt ter voorkoming van letsel enerzijds of een gewone zorgvuldigheidsnorm anderzijds – bepalend voor het al dan niet ruim toerekenen van schade, maar ook de aard van de schade. Letselschade wordt in de regel ruimer toegerekend dan andere vormen van schade. De reden daarvoor is natuurlijk in de eerste plaats gelegen in het ingrijpende en mogelijk ernstig beschadigende karakter van deze vorm van schade. Daarnaast is echter van belang dat uitgangspunt bij letselschade is dat de aansprakelijke partij zijn slachtoffer moet nemen zoals hij is met zijn sterke en zwakke punten. Zouden de gevolgen van predisposities niet worden toegerekend, dan zou dat betekenen dat alleen de sterkere slachtoffers beschermd worden. Zij hebben immers niet de extra kwetsbaarheid die zwakkere slachtoffers wel hebben.

Ruime toerekening van letselschade wordt ook daarom op zijn plaats geacht omdat uitgangspunt in het aansprakelijkheidsrecht is dat letsel- en overlijdensschade concreet wordt begroot, dus afgestemd op de individuele omstandigheden van het slachtoffer. Daarmee is niet te verenigen dat de gevolgen van een predispositie niet zouden worden toegerekend. Tenslotte hanteert de Hoge Raad als regel dat de gevolgen van een predispositie bij het slachtoffer in rekening kunnen worden gebracht bij de schadebegroting. Zou dit ook gebeuren bij de toere-

113 HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 m.nt. GJS (Vader Versluis).

114 Zie onder verwijzing naar diverse arresten van de Hoge Raad Hartlief, 1995, p. 27-49 en T. Hartlief, "The tortfeasor takes the victim as he finds him. Of mag hij toch de normaal robuuste en fitte mens ten voorbeeld stellen?", TVP 2000, p. 29-30. Zie verder A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU Amsterdam), Nijmegen, 2002, p. 148-149; A.J. Akkermans, "Causaliteit bij letselschade en medische expertise", TVP 2003, p. 95.

HOOFDSTUK 3

kening in het kader van artikel 6:98 BW, dan zou twee keer een korting plaatsvinden vanwege het bestaan van een predispositie.¹¹⁵

3.7.2 Toerekening van psychisch letsel in de rechtspraak

Uitgangspunt in de rechtspraak van de Hoge Raad is derhalve dat schade als gevolg van schending van een verkeers- of veiligheidsverplichting of een verplichting die strekt tot het voorkomen van letsel ruim moet worden toegerekend en dat ditzelfde geldt voor letselschade, ongeacht de aard van de geschonden verplichting. In die gevallen komt ook schade die buiten de normale lijn der verwachting ligt voor rekening van de aansprakelijke partij/werkgever. Minder duidelijk heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de toerekening van psychisch letsel als gevolg van schending van een 'gewone' zorgvuldigheidsverplichting, dat wil zeggen een verplichting die niet kan worden aangemerkt als een verkeers- of veiligheidsverplichting of een verplichting die strekt tot bescherming tegen letsel. Het standaard voorbeeld in deze is het al wat oudere arrest in de zaak Vader Versluis uit 1979.¹¹⁶ Dit arrest betrof een vader die psychisch ziek was geworden als gevolg van de bejegening die hij had ondervonden van de arts die zijn dochter, die door een beroepsfout in coma was geraakt en later overleden, behandelde. Hij stelde het ziekenhuis en de arts voor zijn schade als gevolg hiervan aansprakelijk. Zijn vordering werd in drie instanties afgewezen. De Hoge Raad overwoog als volgt:

"In deze, op dit punt in cassatie niet bestreden, overweging heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat ernstige gevolgen als de voormelde instorting en het voormelde verval, wanneer men uitgaat van de aard van de door het Hof aangenomen aansprakelijkheidsgrond, te weten het aan Ziekenzorg en Y verweten gedrag jegens Versluis als vader van een patiënt bij wier behandeling zij betrokken waren, buiten de normale lijn der verwachtingen lagen. In dit opzicht bestaat er verschil tussen deze aansprakelijkheidsgrond en bijv. die waarvan sprake is bij overtreding van verkeers- resp. veiligheidsnormen. Bij overtreding van laatstbedoelde normen, die in de regel strekken ter voorkoming van verkeers- of arbeidsongevallen, moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, hoe deze zich ook in het concrete geval mogen voordoen. Zulks kan niet worden aangenomen ten aanzien van de niet-naleving van de zorgvuldigheidsnormen, in strijd waarmee Ziekenzorg en Y in 's Hof's veronderstelling jegens Versluis hebben gehandeld."

De Hoge Raad was dus van oordeel dat het psychisch letsel zover buiten de normale lijn der verwachting lag (anders gezegd: zo weinig voorzienbaar was) dat het niet aan het ziekenhuis kon worden toegerekend.

115 Zie voor een overzicht van deze argumenten de noot van C.J.H. Brunner onder ABP/Van Stuyvenberg (HR 4 november 1988, NJ 1989, 751).

116 HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 m.nt. GJS.

GRONDSLAGEN FOUTAANSPRAKELIJKHEID PSYCHISCH LETSEL IN ARBEIDSRECHT

In het arrest Nuts/Hofman uit 1993, waarin eveneens de vraag aan de orde kwam in hoeverre psychisch letsel aan de aansprakelijke partij, in dit geval de werkgever, kon worden toegerekend, kwam de Hoge Raad tot een ander oordeel. In deze zaak rekende de Hoge Raad de gevolgen van de psychische ziekte van Hofman wel aan Nuts toe, hoewel het ontstane letsel psychisch van aard was in plaats van fysiek en hoewel ook in deze zaak een gewone zorgvuldigheidsverplichting was geschonden, namelijk een verplichting als bedoeld in artikel 7:611 BW, en geen veiligheidsverplichting. Wellicht was de Hoge Raad van oordeel dat de geschonden verplichting strekte tot het voorkomen van letsel en rekende hij daarom de schade ruim toe, maar dit blijkt niet uit het arrest. Hofman was psychisch ingestort na onverwachte kritiek op zijn functioneren en het uitblijven van een toelichting op die kritiek, ondanks herhaalde verzoeken van Hofman om die te geven. Hofman had echter ook vóór deze gebeurtenissen al psychische klachten waarvoor hij onder behandeling stond van een psychiater. Het was mede daarom de vraag of zijn uiteindelijke ziekte wel volledig aan Nuts kon worden toegerekend. De Hoge Raad was van oordeel dat dit wel het geval was. De Hoge Raad overwoog daartoe dat de rechtbank geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met het oordeel dat:

“de met de eis van artikel 1638z BW¹¹⁷ onverenigbare wijze waarop Nuts zich sinds het gesprek van 17 juni 1987 (waarin kritiek op zijn functioneren werd geuit) jegens Hofman had gedragen, het gevaar dat de labiele psychische gesteldheid van Hofman tot het voortduren en verergeren van diens na dat gesprek ingetreden arbeidsongeschiktheid zou leiden, heeft verhoogd en dat, nu dit gevaar zich heeft verwezenlijkt, de door Hofman deswege geleden schade als een gevolg van het bedoelde gedrag van Nuts aan deze moet worden toegerekend.”

Onduidelijk is waarom in dit arrest wel ruim is toegerekend, terwijl dat in Vader Versluis niet gebeurde. Door Verheij is opgemerkt dat de ruime toerekening in Nuts/Hofman vermoedelijk is ingegeven door het opzettelijk onzorgvuldig handelen van de werkgever.¹¹⁸ Dit lijkt op het eerste gezicht een plausibele verklaring. Aan de andere kant valt uit het arrest echter niet op te maken dat Nuts opzettelijk het letsel van Hofman beoogde te veroorzaken. Nuts heeft Hofman opzettelijk geen inzicht willen geven in de redenen voor het oordeel dat hij disfunctioneerde, maar uit het arrest blijkt niet dat Nuts beoogde op die wijze arbeidsongeschiktheid bij Hofman te veroorzaken. Verder heeft Verheij erop gewezen dat het feit dat er in Nuts/Hofman sprake was van een arbeidsverhouding en daarmee van een verhouding tussen partijen die elkaar reeds kenden, een argument geweest kan zijn voor een ruime toerekening.¹¹⁹ Ook voor dit argument

117 Art. 1638z BW is de voorloper van het huidige art. 7:611 BW voor zover dit laatste artikel betrekking heeft op het goed werkgeverschap.

118 Verheij, diss. 2002, p. 148.

119 Verheij, diss. 2002, p. 148.

HOOFDSTUK 3

valt het nodige te zeggen. Het verklaart echter niet waarom in Vader Versluis niet ruim is toegerekend. Weliswaar kende de arts die de dochter van Versluis behandelde en de vader elkaar pas vanaf het moment van opname van de dochter in het ziekenhuis, maar daarna hebben zij meerdere jaren met elkaar te maken gehad. Van onbekendheid was toen dus geen sprake meer.

Het meest waarschijnlijk lijkt mij dat het verschil tussen Nuts/Hofman en Vader Versluis heeft te maken met veranderde opvattingen over psychisch letsel. Tussen beide arresten ligt een tijdspanne van 14 jaar. In die periode is de kennis over en de belangstelling voor psychische ziekten en de oorzaken daarvan sterk toegenomen.¹²⁰ Wellicht was in 1979 de gedachte nog gemeengoed dat geen rekening behoeft te worden gehouden met de mogelijkheid van psychische instorting van een werknemer, patiënt of familielid van die patiënt door een onheuse bejegening,¹²¹ en dat, als dit toch gebeurt, dat voor rekening komt van die werknemer, patiënt of familielid, terwijl in de jaren daarna de opvatting voet aan de grond heeft gekregen dat een onzorgvuldige bejegening onder omstandigheden wel degelijk psychische ziekte teweeg kan brengen en dat het dan niet redelijk is om de gevolgen daarvan voor rekening van de benadeelde partij te laten.¹²² Daarnaast is het bestaan van een arbeidsverhouding in Nuts/Hofman naar mijn mening ook van belang, niet zozeer omdat partijen elkaar reeds kenden, maar omdat uit een dergelijke relatie een verdergaande zorgplicht van de werkgever, en daarmee ook vergoedingsplicht in geval van schending van die zorgplicht, voortvloeit dan diezelfde werkgever jegens een ieder heeft.¹²³

Er zijn derhalve verschillende verklaringen mogelijk voor de discrepantie tussen Vader Versluis en Nuts/Hofman. Wat in elk geval duidelijk is, is dat de rechtspraak van de Hoge Raad geen uitsluitel biedt op het punt van het al dan niet ruim toerekenen van psychisch letsel. Schending van een verplichting als bedoeld in artikel 7:658 BW is een indicatie voor een ruime toerekening evenals het feit dat de Hoge Raad tot nog toe zowel fysieke als psychische predisposities ruim heeft toegerekend. Het feit dat ook bij psychisch letsel sprake is van letselschade kan eveneens een indicatie zijn voor een ruime toerekening. Op basis van de hui-

120 Zie § 1.1.2.

121 Hoewel er ook in die jaren al wel kritiek is gekomen op dit arrest, althans op het volledig afwijzen van aansprakelijkheid. Vgl. A.J.O. baron van Wassenauer van Catwijck, "Nieuwe ontwikkelingen op het stuk van aansprakelijkheid van artsen voor beroepsfouten", *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1983, p. 16-22.

122 In dezelfde zin Akkermans, *TVP* 2003, p. 95, noot 10, die opmerkt dat heden ten dage wel kan worden aangevoerd dat een bejegeningennorm zoals de norm die was geschonden in de zaak van Vader Versluis tevens strekt tot bescherming tegen het ontstaan van psychisch letsel van de ouders van een kind dat mogelijk door een medische fout in een uitzichtloze coma is geraakt.

123 Zie uitgebreider hierover § 11.4.6.

dige rechtspraak kunnen daarover echter geen definitieve uitspraken worden gedaan.

Overigens dient, omwille van de zuiverheid, een onderscheid gemaakt te worden tussen het überhaupt toerekenen van psychisch letsel en het volledig toerekenen ervan, dat wil zeggen inclusief de gevolgen van een extra kwetsbaarheid van een werknemer. Betoogd kan worden dat psychisch letsel überhaupt niet aan een werkgever dient te worden toegerekend, gelet op de aard en kenmerken ervan. In feite wordt dan eenzelfde argument gehanteerd als het argument dat psychisch letsel als schade*soort* niet voor vergoeding in aanmerking komt, zij het dat het argument dit keer in de sleutel van de toerekening wordt gezet. Op de merites van dit argument of het ontbreken ervan zal ik nog ingaan in de volgende twee paragrafen. Hier zij alvast opgemerkt dat de Hoge Raad deze benadering in elk geval niet volgt. In Nuts/Hofman wordt psychisch letsel immers aan de werkgever toegerekend, terwijl dit in Vader Versluis weliswaar niet gebeurt, maar niet omdat psychisch letsel überhaupt niet kan worden toegerekend, maar omdat er minder plaats is voor een ruime vorm van toerekening als een gewone zorgvuldigheidsverplichting is geschonden in plaats van een verkeers- of veiligheidsverplichting. Daarnaast rekent de Hoge Raad psychische predisposities die ontstaan in samenhang met fysiek letsel op dezelfde wijze toe als fysieke predisposities en zijn er meerdere arresten te vinden waarin is geoordeeld dat immateriële schade als gevolg van zuiver psychisch letsel onder omstandigheden aan een aansprakelijke partij kan worden toegerekend, ook in gevallen waarin geen verkeers- of veiligheidsverplichting was geschonden, maar een gewone zorgvuldigheidsverplichting.¹²⁴ In deze arresten ging het weliswaar om de vraag of een bepaalde vorm van psychisch letsel kon worden aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van artikel 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW, maar deze vraag zou überhaupt niet aan de orde zijn gekomen als psychisch letsel hoe dan ook niet had kunnen worden toegerekend in de zin van artikel 6:98 BW.

3.7.3 Toerekening van psychisch letsel in de literatuur

In de literatuur zijn verschillende opvattingen te vinden over de toerekening naar redelijkheid van zuiver psychisch letsel en van psychische predisposities. Deze opvattingen variëren van opvattingen inhoudende dat psychisch letsel als gevolg van bepaalde soorten normschendingen überhaupt niet zouden moeten worden toegerekend tot opvattingen waarin wordt betoogd dat predisposities voor psychisch letsel niet volledig dienen te worden toegerekend tot opvattingen waarin geen onderscheid wordt gemaakt tussen de toerekening van fysiek en psychisch letsel.

124 Zie bijvoorbeeld HR 1 november 1996, NJ 1997, 134 (kraaiende krielhanen II); HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 (Kip en Sloetjes/Rabobank); HR 9 mei 2003, RvdW 2003, 92 (Beliën/Provincie Brabant).

HOOFDSTUK 3

Er zijn slechts weinig schrijvers die vinden dat psychisch letsel als gevolg van bepaalde soorten normschendingen geheel niet zou moeten worden toegerekend. Een voorbeeld is te vinden bij Lindenbergh die in het verleden heeft voorgesteld om als uitgangspunt te nemen dat normen in het zakelijk verkeer niet strekken tot bescherming tegen geestelijk letsel.¹²⁵ Deze aanname zou zich concreet kunnen vertalen in het in beginsel niet toerekenen van geestelijk letsel als gevolg van schending van een dergelijke norm met uitzondering van gevallen waarin met een zeer hoge mate van onzorgvuldigheid is gehandeld.¹²⁶

Een terughoudende benadering bij het toerekenen van *predisposities* voor geestelijk letsel wordt bepleit door Hartlief en Van Maanen. Zij voeren daarvoor als reden aan dat geestelijk letsel indirecter is dan lichamelijk letsel, dat het voor de veroorzaker van letsel vrijwel onmogelijk is om aan te tonen dat geestelijk letsel niet is veroorzaakt door zijn tekortkoming maar door andere factoren zoals een bepaalde psychische gesteldheid van het slachtoffer, en dat het minder snel toerekenen van geestelijk letsel beter aansluit bij het rechtsgevoel.¹²⁷ Op een andere plaats heeft Hartlief betoogd dat predisposities voor geestelijk en lichamelijk letsel alleen dan volledig dienen te worden toegerekend als sprake is van schending van ofwel een verkeers- of veiligheidsverplichting ofwel een verplichting die strekt tot het voorkomen van letsel.¹²⁸ Tot deze laatste soort verplichtingen rekent Hartlief in elk geval niet, zo blijkt uit zijn betoog, een verplichting in de sfeer van een zorgvuldige bejegening.

Een voorzichtige benadering is ook te vinden bij Lindenbergh.¹²⁹ Hij stelt zich op het standpunt dat een predispositie voor psychisch letsel van een werknemer in beginsel alleen dan aan de werkgever zou moeten worden toegerekend als aannemelijk is dat ook een werknemer met een 'normale' constitutie in dezelfde omstandigheden psychisch ziek zou zijn geworden. In die opvatting komt buiten

125 S.D. Lindenbergh, "Eén miljoen smartengeld wegens geestelijk letsel", *NJB* 1998, p. 356.

126 Het is de vraag of een dergelijke benadering bij de Hoge Raad genade zou vinden nu deze heeft geoordeeld, overigens enkele jaren na het artikel van Lindenbergh, dat een zakelijk geschil onder omstandigheden kan leiden tot een zodanige psychische beschadiging dat gesproken kan worden van een aantasting in de persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW (HR 9 mei 2003, *RvdW* 2003, 92 (Beliën/Provincie Brabant)). Weliswaar stond die uitspraak niet in de sleutel van de toerekeningsproblematiek, maar in die van het soort immateriële schade dat voor vergoeding in aanmerking komt, maar er kan wel uit worden afgeleid dat de Hoge Raad geen reden ziet voor het principieel uitsluiten van vergoeding van psychisch letsel als gevolg van schending van een norm in het zakelijk verkeer, langs welke weg dan ook.

127 T. Hartlief en G. van Maanen, "Causaal verband en persoonlijkheidsstructuur", *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1990, p. 28-30.

128 Hartlief, *TVP* 2000, p. 29-30.

129 Lindenbergh, *AV&S* 2003, p. 23.

de normale lijn der verwachting liggend psychisch letsel dus niet voor vergoeding in aanmerking. Dit duidt op een terughoudende benadering. Vervolgens nuanceert Lindenbergh zijn standpunt echter door op te merken dat dit anders zou moeten zijn als de werkgever in een concreet geval op de hoogte was van de psychische kwetsbaarheid van de werknemer. Ook lijkt hij ruimte te zien voor toerekening van buiten de normale lijn der verwachting liggend letsel als een norm is geschonden die bestaat in het veroorzaken van psychisch letsel. In die zin staat Lindenbergh dus weer een soepeler benadering voor waarbij de toerekeningsvraag wordt gekoppeld aan de vraag of de werkgever een tekortkoming valt te verwijten in plaats van een benadering waarbij een werknemer met een 'normale' constitutie als uitgangspunt wordt genomen.

Spier tenslotte lijkt geen reden te zien voor het maken van onderscheid tussen fysiek en psychisch letsel in het kader van artikel 6:98 BW. In een annotatie bij een uitspraak uit 1994 heeft hij opgemerkt niet in te zien waarom letsel als gevolg van een psychische kwetsbaarheid niet ruim zou moeten worden toegerekend op vergelijkbare wijze als bij lichamelijk letsel, nu het ook bij psychisch letsel om letsel gaat en aanzienlijke psychische schade bovendien niet zelden ook fysieke klachten teweeg zal (kunnen) brengen.¹³⁰

3.7.4 *Eigen opvatting over toerekening psychisch letsel en psychische predisposities*

Naar mijn mening verdient de opvatting die inhoudt dat psychisch letsel als gevolg van bepaalde soorten normschendingen überhaupt niet zou moeten worden toegerekend geen steun, omdat daaraan de gedachte ten grondslag ligt dat psychisch letsel een vorm van letsel is die wezenlijk anders moet worden behandeld dan fysiek letsel. Zoals ik eerder heb aangegeven, onderschrijf ik deze opvatting niet.¹³¹ Ik zie daarom ook geen goede redenen om psychische predisposities anders te behandelen dan lichamelijke. De redenen die in § 3.7.1 zijn genoemd ter rechtvaardiging van een ruime toerekening van fysiek letsel – het ingrijpende karakter van deze vorm van schade, het uitgangspunt dat een werknemer moet worden genomen zoals hij is, het concreet begroten van schade, het niet twee keer op de schade in mindering brengen van de gevolgen van een predispositie – gelden mijns inziens namelijk evenzeer voor psychisch letsel, althans indien dit letsel het gevolg is van schending van een verplichting die strekte tot het voorkomen van letsel. In dat geval moet een werkgever er namelijk rekening mee houden dat zijn tekortschieten ernstige gevolgen zal hebben. De vraag die dan voorligt, is natuurlijk in welke gevallen een verplichting tot het voorkómen van psychische ziekte kan worden aangemerkt als een verplichting die strekt tot het voorkómen van letsel.

130 J.S. Spier, "Immateriële schade. Persoonlijke predispositie, noot bij Rb. Haarlem 3 mei 1994", *A&V* 1994, p. 160-162.

131 Zie met name § 3.2.2.

HOOFDSTUK 3

Hartlief is in dit opzicht van mening dat verplichtingen op het gebied van de bejegening in elk geval niet kunnen worden aangemerkt als strekkende ter voorkoming van letsel.¹³² De reden daarvoor lijkt te zijn dat het niet voor de hand ligt dat iemand psychisch ziek wordt door een onheuse bejegening, of, anders gezegd, dat bij een onheuse bejegening geen rekening gehouden hoeft te worden met ernstige gevolgen in de sfeer van letselschade. Naar mijn mening is dat een te stellige conclusie. Ook verplichtingen op het gebied van de bejegening kunnen onder omstandigheden strekken ter voorkoming van letsel. Dit zal normaliter niet het geval zijn – in zoverre ben ik het met Hartlief eens – maar het is ook niet uitgesloten. Van een verplichting als aan de orde was in de zaak Nuts/Hofman kan bijvoorbeeld gezegd worden dat deze, in elk geval in de concrete omstandigheden van dát geval, strekte tot het voorkomen van het psychisch letsel van Hofman. Het was namelijk voor Nuts voorzienbaar dat het niet meedelen van de redenen voor haar kritiek op het functioneren van Hofman tot verergering van de psychische klachten van Hofman zou kunnen leiden. Daarbij is van belang dat Nuts wist dat Hofman psychisch kwetsbaar was. Hij was al eerder een periode overspannen geweest na een gesprek over de automatisering van zijn afdeling en bovendien had Nuts informatie over de geestelijke kwetsbaarheid van Hofman gekregen van de betrokken sociale zekerheidsinstantie. De verplichting van Nuts om adequaat te reageren op de verzoeken van Hofman om opheldering strekte in die situatie ook tot het beschermen van Hofman tegen verdere verergering van zijn klachten en dus tegen letsel. Daarmee is niet gezegd dat elke bejegeningssnorm aangemerkt dient te worden als een verplichting die strekt tot bescherming tegen letsel. Was Nuts niet op de hoogte geweest van de kwetsbaarheid van Hofman, dan had een en ander wellicht anders gelegen. Van een verplichting tot het meedelen van de redenen voor kritiek op het functioneren kan namelijk niet in het algemeen gezegd worden dat die strekt tot bescherming tegen letsel. Eén en ander hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder met name ook de aard van de verplichting die is geschonden en de voorzienbaarheid van het psychisch letsel.

Van andere verplichtingen ter voorkoming van psychisch letsel, niet gelegen op het vlak van de bejegening, is duidelijker dat die strekken ter bescherming tegen letsel. Voorbeelden hiervan zijn de verplichting van de werkgever om in te grijpen als een werknemer gepest wordt, de verplichting van de werkgever om maatregelen te nemen ter voorkoming van seksuele intimidatie, de verplichting om, als kenbaar is dat een werknemer overbelast wordt en deze signalen afgeeft dat hij het werk niet meer vol kan houden, te zorgen voor een verlichting van de werkdruk, de verplichting om nazorg te bieden aan een werknemer die een traumatische gebeurtenis op het werk heeft meegemaakt, etc. In deel II van dit boek zullen deze verplichtingen nader worden uitgewerkt en geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak. Hier zij alvast opgemerkt dat, indien psychisch letsel

132 Hartlief, *TVP* 2000, p. 29-30.

als gevolg van schending van één van deze verplichtingen ernstiger uitvalt dan verwacht vanwege een predispositie daarvoor van een werknemer, er mijns inziens geen reden is waarom deze niet in beginsel aan de werkgever zou kunnen worden toegerekend. Vervolgens kan er dan bij de schadebegroting rekening mee worden gehouden, althans indien aangenomen kan worden dat, de gebeurtenis op het werk weggedacht, de werknemer hoe dan ook op enig moment zou zijn uitgevallen door zijn psychische kwetsbaarheid.

De andere redenen die in § 3.7.1 zijn genoemd voor een ruime toerekening van letselschade gelden naar mijn mening evenzeer voor psychische predisposities als voor fysieke. Ook psychisch letsel is een vorm van letsel en ook daarbij geldt dat het slachtoffer moet worden genomen zoals hij is, dat schade concreet moet worden begroot en dat de gevolgen van een predispositie kunnen worden verrekend bij het vaststellen van de omvang van de schade, zodat het niet nodig is om dat te doen in het kader van de toepassing van artikel 6:98 BW. Of artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW aan de vordering ten grondslag wordt gelegd, tenslotte, maakt in zoverre verschil dat schending van een verplichting als bedoeld in artikel 7:658 BW steeds een aanwijzing is voor ruime toerekening, nu een dergelijke verplichting standaard wordt aangemerkt als een veiligheidsverplichting, terwijl bij artikel 7:611 BW duidelijk gemaakt zal moeten worden dat de geschonden verplichting strekte tot het voorkomen van (psychisch) letsel.

3.8 Eigen schuld

3.8.1 Grenzen aan de toerekening: predispositie en privé-oorzaken

Het feit dat er naar mijn mening in beginsel geen grond is om psychische *predisposities* anders te behandelen dan lichamelijke betekent niet, in mijn optiek, dat alle *oorzaken* van psychisch letsel aan een werkgever kunnen worden toegerekend.¹³³ Zoals al eerder opgemerkt, ligt aan het ontstaan van psychische ziekten vaak niet één oorzaak ten grondslag, maar een complex van oorzaken, die deels werkgerelateerd zijn, deels voortvloeien uit de privé-sfeer van de betrokken werknemer en deels te maken hebben met zijn persoonlijkheidsstructuur. Het is veelal de combinatie van oorzaken die uiteindelijk ziekte teweeg brengt.¹³⁴ In dit verband wordt wel gesproken van *onzelfstandige mede-oorzaken*.¹³⁵ Daarmee wordt

133 Zie ook M.S.A. Vegter, "Predispositie en eigen schuld bij RSI en andere multicausale ziekten", *TVP* 2004, p. 73-79.

134 Zie onder meer registratierichtlijn E002 van het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten, voor het vaststellen van burn-out <http://www.beroepsziekten.nl/datafiles/E002%20burnout%20overspanning.pdf>, 15 augustus 2004. Zie verder B. Sorgdrager, "Psychische beroepsziekten behoeven niet tot blijvende schade te leiden", *TVP* 2003, p. 18.

135 Akkermans, diss. 1997, p. 98 en A.J. Akkermans, "Oorzakelijk verband" in *Onrechtmatige daad, BW-krant, Jaarboek 1996*, p. 41-43.

HOOFDSTUK 3

dan bedoeld op meerdere oorzaken die tezamen arbeidsongeschiktheid hebben veroorzaakt en waarbij moet worden aangenomen dat, als één van deze oorzaken had ontbroken, geen arbeidsongeschiktheid zou zijn ontstaan.¹³⁶ Deze situatie doet zich overigens niet alleen voor bij psychische ziekten. Ook bij multicausale fysieke ziekten als RSI, OPS, rugklachten en dergelijke is het veelal een combinatie van oorzaken die de ziekte teweeg brengt.¹³⁷

Wordt bij deze ziekten en bij psychische ziekten het uitgangspunt gehanteerd dat predisposities in beginsel aan de werkgever moeten worden toegerekend en dat eigen schuld slechts dan bij de werknemer in rekening kan worden gebracht als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid als bedoeld in artikel 7:658 BW, dan is de kans reëel dat dit ertoe leidt dat de werkgever aansprakelijk wordt gehouden voor ziekteoorzaken die niet in zijn invloedssfeer liggen. Een voorbeeld kan dit verduidelijken:

Een werknemster van een horecabedrijf moet veel overuren maken waarvoor zij of onvoldoende of geheel niet wordt betaald. Daarnaast wordt door zij door de baas van het bedrijf met regelmaat uitgescholden en gekleineerd. In dezelfde periode wordt de echtgenoot van de werknemster ziek en bedlegerig en moet de werknemster hem verplegen. Uiteindelijk overlijdt hij. De werknemster blijft aan het werk, maar stort na een half jaar psychisch in. Drie jaar later is zij wegens depressie nog steeds volledig arbeidsongeschikt. Zij stelt haar werkgever voor de schade als gevolg van haar ziekte aansprakelijk. De werkgever stelt dat de werknemster altijd al labiel was, getuige het feit dat zij vier jaar geleden reeds enige maanden opgenomen is geweest vanwege een depressie. Daarnaast voert de werkgever aan dat de werknemster ziek is geworden door het ziekbed en het overlijden van haar echtgenoot in plaats van door het werk.

Aannemend dat vaststaat dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn zorgplicht en dat zijn tekortkoming in elk geval één van de oorzaken van de depressie van de werknemster is, zou, als volledige toerekening het uitgangspunt zou zijn, geoordeeld worden dat de werkgever volledig aansprakelijk is voor de schade als

136 Hiernaast bestaat ook nog de figuur van de alternatieve veroorzaking. Daarbij is sprake van oorzaken die ofwel een ziekte volledig kunnen hebben veroorzaakt ofwel hiervan de oorzaak kunnen zijn geweest in combinatie met een andere oorzaak. Longkanker bijvoorbeeld kan worden veroorzaakt door roken, door blootstelling aan asbest, of door een combinatie van beide. Alleen in het laatste geval is sprake van 'onzelfstandige mede-oorzaken' als bedoeld in de hoofdtekst. De twee eerste mogelijkheden verhouden zich tot elkaar als alternatieve oorzaken in de zin van art. 6:99 BW. Zie over deze materie A.J. Akkermans, "Proportionele aansprakelijkheid bij longkanker door asbest en/of roken", *Verkeersrecht* 1999, p. 194. De figuur van alternatieve veroorzaking zal in dit boek grotendeels buiten beschouwing blijven, nu deze zich bij psychische ziekten niet vaak zal voordoen.

137 Zie Vegter, "Predispositie en eigen schuld bij RSI en andere multicausale ziekten", *TVP* 2004, p. 74.

gevolg van de depressie van de werknemster. De gevolgen van de ziekte en het overlijden van de echtgenoot van de werknemster en haar aanleg voor depressie zouden dan als predisposities aan de werkgever moeten worden toegerekend. Het is echter de vraag – vooral waar het gaat om de gevolgen van de ziekte en het overlijden van haar man voor de gezondheid van de werknemster – of dit billijk is. De ziekte en het overlijden van de echtgenoot vallen buiten de invloedssfeer van de werkgever. De werkgever heeft geen zeggenschap daarover, kan de werknemster geen instructies geven en haar ook niet tegen eigen onvoorzichtigheid beschermen.¹³⁸ Bovendien strekt de zorgplicht van de werkgever zich niet uit tot de privé-sfeer.¹³⁹ Ik meen dat het dan te ver gaat om de werkgever ook de schade als gevolg van het ziekbed en het overlijden van de echtgenoot van de werknemster te laten vergoeden. Nauwkeuriger gezegd: voor zover de schade moet worden toegerekend aan de ziekte en het overlijden van de echtgenoot, dient deze niet voor rekening van de werkgever te worden gebracht. Uiteraard dient een werkgever er wel rekening mee te houden als een werknemer door privé-omstandigheden een tijdlang minder presteert, maar dit gaat niet zover dat hij ook aansprakelijk is voor de gevolgen van problemen in de privé-sfeer die tegelijkertijd optreden met problemen in het werk.¹⁴⁰ In de rechtspraak is deze gedachte helder verwoord door de kantonrechter Middelburg in een RSI-zaak:

“Verondersteld mag worden dat een niet onbelangrijk aantal RSI-klachten mede ontstaat door activiteiten in de privé-sfeer. Gedacht kan worden aan de muisarm van beeldschermwerkers, die ook thuis nog uren achter de computer zitten om spelletjes te spelen en/of te internetten. De regeling van art. 7:658 BW die de strekking heeft dat de vereisten voor aansprakelijkheid snel worden aangenomen en dat het debat zich concentreert op de zorgplicht van de werkgever, brengt mee dat gemakkelijk buiten beeld blijft dat de RSI-klachten mede door activiteiten in de privé-sfeer zijn ontstaan. Het is niet billijk dat de werkgever in zulke gevallen toch een volledige schadevergoeding zou moeten betalen.”¹⁴¹

138 Deze aspecten worden wel genoemd als rechtvaardiging voor de verstrekende zorgplicht van art. 7:658 BW. Zie onder meer Lindenbergh, 2000, p. 28-29 en HR 22 januari 1999, *JAR* 1999, 44; *NJ* 1999, 534 m.nt. PAS (reclasserings-medewerker).

139 Zie HR 22 januari 1999, *JAR* 1999, 44; *NJ* 1999, 534 m.nt. PAS.

140 Het maakt hierbij natuurlijk verschil in hoeverre de werkgever op de hoogte was van de privé-omstandigheden van de werknemer. Is hij dat, dan zal hij een verderstreckende zorgplicht hebben en zal een ruimere toerekening van schade voor de hand liggen dan wanneer dat niet het geval is. In deze casus is dit aspect echter grotendeels buiten beschouwing te laten om de discussie niet teveel te compliceren.

141 Ktr. Middelburg 1 september 2003, *JAR* 2003, 269.

HOOFDSTUK 3

Dezelfde redenering is mijns inziens van toepassing op psychische ziekten die het gevolg zijn van zowel omstandigheden op het werk als gebeurtenissen in de privé-sfeer van de werknemer.

Het volledig toerekenen van predisposities bergt bij psychische ziekten dus het risico in zich dat ook de gevolgen van ziekteoorzaken die buiten het werk gelegen zijn en waarop de werkgever geen invloed heeft kunnen uitoefenen, aan hem worden toegerekend. De oplossing hiervoor is ogenschijnlijk simpel, namelijk het niet toerekenen van die oorzaken aan de werkgever, maar aan de werknemer zelf, ofwel op de voet van artikel 6:98 BW ofwel op grond van artikel 6:101 BW. Zo eenvoudig is het echter niet. Er zijn namelijk ook oorzaken van psychische ziekte die buiten de invloedssfeer van de werkgever liggen, maar waarvan het toch in het algemeen redelijk wordt gevonden om die aan de werkgever toe te rekenen, namelijk de predisposities in eigenlijke zin, oftewel de fysieke of psychische kwetsbaarheden van een werknemer die maken dat hij ziek wordt op een moment waarop een andere werknemer wellicht overeind zou blijven of die meebrengen dat een ziekte ernstiger uitvalt dan binnen de normale lijn der verwachtingen ligt. Terugkoppeland naar de voorbeeldcasus kan als een zodanige predispositie worden aangemerkt de aanleg die de werknemster heeft voor depressie. Naar mijn mening moet in dit opzicht onderscheid gemaakt worden tussen *privé-oorzaken* en *predisposities*. Onder het begrip 'predispositie' versta ik in dit verband een reeds bestaande fysieke of psychische kwetsbaarheid van een werknemer, die onderdeel is uit gaan maken van zijn fysieke of psychische constitutie. Deze kwetsbaarheid maakt dat een ziekte sneller optreedt dan normaliter verwacht zou mogen worden of dat de gevolgen ervan ernstiger zijn dan normaal. Met het begrip 'privé-oorzaken' doel ik op buiten de persoonlijke constitutie gelegen omstandigheden die zich min of meer gelijktijdig voordoen met ziekmakende gebeurtenissen op het werk en die in combinatie daarmee ziekte teweeg brengen. Het onderscheid tussen privé-oorzaken en predisposities berust daarmee in de eerste plaats op een tijdsaspect – predisposities bestaan al langer en zijn deel uit gaan maken van iemands persoonlijke constitutie – en daarnaast op het feit dat privé-oorzaken in beginsel buiten de persoonlijke constitutie gelegen omstandigheden zijn, terwijl het bij predispositie veeleer om een bepaalde aanleg gaat. Privé-oorzaken van psychische ziekten zijn dan bijvoorbeeld gebeurtenissen in de privé-sfeer als ziekte en overlijden van een familielid, echtscheiding, ernstige financiële problemen en dergelijke.¹⁴² Een predispositie voor psychische ziekte is

142 In de richtlijn *Life events inventory* van T.H. Holmes en R.H. Rahe, "The Social Readjustment Rating Scale", *Journal Psychosomatic Research* 1967, en de update daarvan van M.A. Miller en R.H. Rahe, *Journal Psychosomatic Research* 1997, vol. 43, p. 279-292, is een weergave te vinden van het relatieve gewicht dat aan verschillende *life events* moet worden toegekend. De zes meest ingrijpende gebeurtenissen zijn blijkens deze richtlijn: dood partner, echtscheiding, dood naast familielid, scheiding tafel en bed, ontslag, persoonlijk letsel of ziekte. Zie ook <http://www.beroepsziekten.nl/datafiles/E002%20burnout%20overspanning.pdf>, 15 augustus 2004.

een aanleg daarvoor, die ofwel aangeboren kan zijn ofwel kan ontstaan door in het verleden gelegen gebeurtenissen, zoals een jeugdtrauma.

Arbeidsongeschiktheid als gevolg van privé-oorzaken dient naar mijn mening in beginsel niet en arbeidsongeschiktheid als gevolg van een predispositie in beginsel wel aan de werkgever te worden toegerekend. De reden daarvoor is, zoals besproken in § 3.7.4, vooral gelegen in het uitgangspunt dat een werkgever een werknemer met een predispositie voor psychische ziekte moet nemen zoals hij is met zijn sterke en zwakke punten, teneinde te voorkomen dat sterkere werknemers meer bescherming tegen ziekte genieten dan zwakkere. Bij een privé-oorzaak geldt dat in mindere mate. Daarbij is geen sprake van een in de persoonlijke constitutie gelegen factor, maar van bepaalde gebeurtenissen in de privé-sfeer die veeleer tot de eigen verantwoordelijkheid of risicosfeer van de werknemer gerekend kunnen worden. Het onderscheid tussen predispositie en privé-oorzaak is overigens niet (kei)hard. Het zal niet altijd eenvoudig zijn om aan te geven wanneer sprake is van het één of van het ander. In grensgevallen zullen rechtspolitieke overwegingen daarvoor doorslaggevend zijn. Daarbij is vooral van belang, zo lijkt me, of een gebeurtenis door een werknemer is te beïnvloeden dan wel of deze meer in zijn risicosfeer valt dan in die van de werkgever. Zo ja, dan ligt toerekening aan de werknemer meer voor de hand dan toerekening aan de werkgever. Zo bezien is de indeling in categorieën – predisposities en privé-oorzaken – uiteindelijk niet bepalend voor de vraag of een bepaalde oorzaak van letsel aan werkgever of werknemer moet worden toegerekend, maar is het vooral een hulpmiddel bij de beantwoording daarvan.¹⁴³

3.8.2 Benadering via artikel 6:98 BW of via artikel 6:101 BW

Indien uitgangspunt is dat predisposities in beginsel wel en privé-oorzaken in beginsel niet aan de werkgever dienen te worden toegerekend, is de volgende vraag in welke juridische sleutel deze problematiek gezet moet worden, in die van artikel 6:98 BW of in die van artikel 6:101 BW. Tot nog toe zijn toerekeningsvraagstukken in de meeste gevallen opgelost via artikel 6:98 BW. Reden hiervoor is dat de Hoge Raad de meeste van zijn inmiddels al weer oudere arresten over toerekening van (letsel)schade in die sleutel heeft gezet.¹⁴⁴ Het ging in die zaken ook steeds om typische artikel 6:98 BW-situaties, dat wil zeggen situaties waarin op enig moment letselschade ontstaat als gevolg van een bepaalde gebeurtenis en

143 Zie voor concrete voorbeelden met betrekking tot roken en zwangerschap: Vegter, "Predispositie en eigen schuld bij RSI en andere multicausale ziekten", TVP 2004, p. 76.

144 Vgl. HR 9 juni 1972, NJ 1972, 360 m.nt. GJS (neurotische depressie); HR 21 maart 1975, NJ 1975, 372 m.nt. GJS (coronaire trombose); HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137 m.nt. CJHB (Henderson/Gibbs); HR 4 november 1988, NJ 1989, 751 m.nt. CJHB (ABP/Van Stuyvenberg).

HOOFDSTUK 3

deze schade vervolgens langer duurt of verergert als gevolg van daarna optredende of naar buiten komende mede-oorzaken, daaronder ook begrepen reeds langer bestaande predisposities die tot aan de schadeveroorzakende gebeurtenis nooit tot ziekte hadden geleid, maar 'geluxeed' zijn door de schadeveroorzakende gebeurtenis. Toepassing van artikel 6:98 BW ligt in dit soort gevallen in de rede omdat de causale relatie met de schadeveroorzakende gebeurtenis vastligt en het nog slechts gaat om de vraag in hoeverre de schade als gevolg van de reeds bestaande, 'geluxeerde' predispositie of de later optredende mede-oorzaken nog kan worden toegerekend aan de partij die aansprakelijk is voor de schadeveroorzakende gebeurtenis. Toepassing van artikel 6:101 BW is echter ook mogelijk en is ook nooit door de Hoge Raad afgekeurd. Integendeel, uit het arrest ABP/Van Stuyvenberg¹⁴⁵ kan worden afgeleid dat de Hoge Raad geen bezwaren heeft tegen een dergelijke toepassing.¹⁴⁶

Overigens spreekt dit eigenlijk vanzelf omdat het niet voldoen aan de schadebeperkingsplicht door een slachtoffer ook vrijwel steeds in de sleutel van artikel 6:101 BW wordt gezet. In die zin wordt dit artikel al langere tijd gebruikt voor het toerekenen van oorzaken van letsel, of van het voortduren ervan, aan het slachtoffer.¹⁴⁷ Het artikel is tot dusver echter nog weinig gebruikt als kader voor de beoordeling van die schades waarbij van aanvang af sprake is van meerdere onzelfstandige mede-oorzaken, dat wil zeggen oorzaken die in combinatie met elkaar een bepaalde ziekte hebben veroorzaakt. Ik acht artikel 6:101 BW daartoe echter bij uitstek geschikt, omdat het een basis biedt voor het naast elkaar zetten van verschillende mede-oorzaken en het nagaan welke van die oorzaken aan de werkgever en welke aan de werknemer moeten worden toegerekend. De keuze om een bepaalde oorzaak wel of niet toe te rekenen, kan daardoor explicieter gemaakt worden dan bij artikel 6:98 BW veelal het geval is, waar het uitgangspunt is dat ofwel volledig ofwel helemaal niet wordt toegerekend.

In de literatuur is, evenals in de rechtspraak, het leerstuk van de toerekening van letselschade tot nog toe met name in de sleutel van artikel 6:98 BW gezet.¹⁴⁸ De reden daarvan is ook hier dat het vizier tot nog toe met name gericht is geweest op monocausale letselschades met ernstiger gevolgen dan verwacht door later

145 HR 4 november 1988, NJ 1989, 751.

146 In dit arrest oordeelde de Hoge Raad weliswaar dat het hof ten onrechte de persoonlijkheidsstructuur van Baaren en de moeilijkheden in zijn privé-leven als eigen schuld aan Baaren had toegerekend, maar niet dat het hof dit ten onrechte op grond van art. 6:101 BW had gedaan in plaats van op grond van art. 6:98 BW.

147 Zie uitgebreid A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade*. (diss. Groningen), Deventer, 2003, p. 42 e.v.

148 Zie bijvoorbeeld J.H. Nieuwenhuis, "Een neurotische behoefte aan schadevergoeding", *Ars Aequi* 1985, p. 417-421 (met uitzondering van bijzondere gevallen); C.J.H. Brunner, noot bij ABP/Van Stuyvenberg (HR 4 november 1988, NJ 1989, 751 en AG Asser in zijn conclusie bij ABP/Van Stuyvenberg).

optredende (al dan niet reeds latent bestaande) mede-oorzaken, en niet op letsel-schades die van aanvang af teweeg zijn gebracht door een combinatie van zowel in als buiten de persoon van het slachtoffer gelegen oorzaken. Alleen door Van Wassenauer van Catwijck is gepleit voor een benadering waarbij op grond van artikel 6:101 BW omstandigheden die aan de zijde van het slachtoffer liggen, aan deze worden toegerekend in plaats van op grond van artikel 6:98 BW.¹⁴⁹ Door andere schrijvers is daarop kritisch gereageerd. Deze kritiek betrof echter niet zozeer de voorgestelde toepassing van artikel 6:101 BW als wel het feit dat Van Wassenauer voorstelde om niet alleen buiten de persoonlijke constitutie gelegen omstandigheden als eigen schuld aan een slachtoffer toe te rekenen, maar ook een bijzondere kwetsbaarheid of vatbaarheid voor schade. De meeste andere schrijvers hebben opgemerkt dat een slachtoffer daardoor in een te nadelige positie wordt gebracht.¹⁵⁰

Naar mijn mening is de toepassing van artikel 6:101 BW, zoals voorgesteld door Van Wassenauer, de meest passende juridische benadering. In het kader van dit artikel kan op een meer inzichtelijke wijze dan bij artikel 6:98 BW worden afgewogen welke mede-oorzaak wél en welke niet aan de benadeelde partij moet worden toegerekend als zijnde eigen schuld. In dit opzicht lijkt me, zoals ik reeds opmerkte in de vorige paragraaf, dat een bijzondere kwetsbaarheid van een werknemer in het algemeen aan de werkgever moet worden toegerekend. Bij wat ik heb aangeduid als privé-oorzaken van psychische ziekten ligt dat anders. De gevolgen daarvan kunnen mijns inziens het beste aan de werknemer zelf worden toegerekend. Wel dient daarbij steeds een scherp onderscheid gemaakt te worden tussen gebeurtenissen die gezamenlijk een bepaalde ziekte hebben veroorzaakt – hiervoor ook wel aangeduid als onzelfstandige mede-oorzaken – en gebeurtenissen waarvan de ene tot uitval wegens ziekte heeft geleid en de andere de ziekte vervolgens heeft doen verergeren of langer heeft doen voortbestaan dan verwacht, óf waarbij de ene gebeurtenis een werknemer reeds kwetsbaar heeft gemaakt waarna de andere gebeurtenis de ziekte definitief heeft doen intreden. De omvang van de schade kan namelijk verschillen afhankelijk van wat er precies is gebeurd en in welke volgorde. De wijze van verdeling van de schade, bijvoor-

149 A.J.O. baron van Wassenauer van Catwijck, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1983, p. 20. Zie ook A.J.O. baron van Wassenauer van Catwijck, *Eigen schuld* (diss. Leiden), 1971, p. 213 e.v.

150 Vgl. D.H.M. Peepkorn, "Juridische causaliteit: redelijk en adequaat?" in *Medische en juridische causaliteit. Inleidingen LSA 1990*, Lelystad 1990, p. 24 en Nieuwenhuis, *Ars Aequi* 1985, p. 421. Het is overigens de vraag of Van Wassenauer op deze wijze kan worden weggezet als slachtofferonvriendelijk, nu hij juist ook beoogde te voorkomen dat een slachtoffer met lege handen naar huis gaat doordat een bepaalde schade geheel niet wordt toegerekend, zoals in het arrest Vader Versluis. Zie Wassenauer van Catwijck, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1983, p. 20.

HOOFDSTUK 3

beeld aan de hand van een percentage of aan de hand van het bepalen van de looptijd ervan, dient daaraan te worden aangepast.

Om terug te komen op de in § 3.8.1 geschetste casus: de werkneemster had ook ziek kunnen worden tijdens het werk voor het horecabedrijf en vervolgens geconfronteerd kunnen worden met de ziekte van haar man (variant 2). De ziekte van de echtgenoot zou dan niet meer *conditio sine qua non* zijn geweest voor de uitval van de werkneemster, maar wel voor het voortduren/verergeren van de klachten. Een andere variant is dat de ziekte en het overlijden van de echtgenoot niet gelijktijdig, maar eerder zou hebben plaatsgevonden dan de werkzaamheden en dat de werkneemster pas tijdens de werkzaamheden voor het horecabedrijf zou zijn uitgevallen (variant 3). Zij was dan wellicht reeds labiel door de ziekte en het overlijden van haar partner, maar het staat niet vast dat zij ook wegens ziekte zou zijn uitgevallen als de slechte arbeidsomstandigheden op haar werk er niet bij waren gekomen.

In al deze gevallen kan aan de hand van het leerstuk dat is neergelegd in artikel 6:101 BW worden nagegaan welke omstandigheden wel en welke niet aan de werkneemster of de werkgever moeten worden toegerekend.¹⁵¹ De uiteindelijke verdeling van de schade zal echter niet hetzelfde zijn. In variant 1 (de in § 3.8.1 geschetste casus) ligt het voor de hand om een bepaald percentage van de schade aan de werkneemster toe te rekenen en een bepaald percentage aan de werkgever afhankelijk van de mate waarin het ziekbed en het overlijden van de partner respectievelijk de werkomstandigheden geacht moeten worden aan de ziekte van de werkneemster te hebben bijgedragen. In variant 2 zou het wellicht beter zijn om de werkgever aansprakelijk te houden voor de volledige schade, maar de looptijd ervan te bekorten, ervan uitgaande dat de werkneemster hoe dan ook op enig moment ziek zou zijn geworden door de gebeurtenissen in haar privé-leven. Een verdeling aan de hand van percentages ligt dan minder voor de hand. Is het niet aannemelijk dat de werkneemster op enig moment zou zijn uitgevallen door de ziekte of het overlijden van haar man, dan is een bekorting van de looptijd van de schade natuurlijk niet aan de orde. Zijn zowel de gebeurtenissen op het werk als de gebeurtenissen in de privé-sfeer causaal voor het voortduren van de ziekte van de werkneemster, dan komt een procentuele benadering weer in het vizier. In variant 3 tenslotte lijken beide benaderingen – verdeling eigen schuld aan de hand van een percentage of beperking van de looptijd van de schade – mogelijk.

151 Formeel gesproken kan art. 6:101 BW alleen worden toegepast als sprake is van vastgestelde mede-oorzaken die allen *conditio sine qua non* zijn voor de schade. Bij variant 2 en 3 staat niet zonder meer vast dat hiervan sprake is. Het is in theorie ook mogelijk dat slechts één van de mogelijke oorzaken *conditio sine qua non* is. In de literatuur is ervoor gepleit om in dit soort gevallen art. 6:101 BW *analoog* toe te passen. Deze benadering neem ik hier over. Zie Akkermans, diss. 1997, p. 96 e.v. en Akkermans, *Verkeersrecht* 1999, p. 194 en noot 22.

Daarbij zal vooral belang toekomen aan de vraag of de werknemster, het werk weggedacht, ook op enig moment ziek zou zijn geworden of niet.

Over deze varianten en de beste benadering ervan valt uiteraard nog veel meer te zeggen.¹⁵² Op deze plaats is het vooral van belang om te benadrukken dat elke casus op zijn eigen merites beoordeeld moet worden en dat zo precies mogelijk moet worden nagegaan wat de feitelijke situatie van de betrokken werknemer is en hoe deze geweest zou zijn als één of meerdere schadeveroorzakende gebeurtenissen zich niet hadden voorgedaan.¹⁵³ Aan de hand daarvan kan de exacte schade bepaald worden. Dit kan op zich zowel in het kader van artikel 6:101 BW als in het kader van artikel 6:98 BW, zij het dat artikel 6:101 BW mijns inziens de voorkeur verdient omdat dat kader geschikter lijkt om de verschillende schade-oorzaken expliciet tegen elkaar af te wegen dan het kader van artikel 6:98 BW.

3.8.3 *Eigen schuld en artikel 7:658 BW*

Een vraag die nog openstaat na het voorgaande is of een benadering waarbij privé-oorzaken van psychisch letsel aan de werknemer zelf worden toegerekend, wel mogelijk is in het kader van artikel 7:658 BW, nu het tweede lid van dit artikel bepaalt dat eigen schuld alleen aan de werknemer kan worden toegerekend als deze "in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer." Bij privé-oorzaken zal immers in de regel geen sprake zijn van opzet of bewuste roekeloosheid. Bovendien gaat het systeem van artikel 7:658 BW uit van een alles-of-niets benadering. Is er geen sprake van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer en staat voor het overige vast dat de werkgever aansprakelijk is, dan is hij voor de volledige schade aansprakelijk.¹⁵⁴ Heeft de werknemer wel opzettelijk of bewuste roekeloos zijn schade veroorzaakt, dan vervalt de schadevergoedingsplicht van de werkgever geheel. Er vindt dus geen schadeverdeling plaats. Bij artikel 7:611 BW speelt, zoals reeds opgemerkt in § 3.2.1, deze problematiek niet omdat op een verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van dit artikel, artikel 6:101 BW gewoon van toepassing is. Artikel 7:611 BW kent geen beperking van eigen schuld tot opzet of bewuste roekeloosheid.

Het criterium 'opzet of bewuste roekeloosheid' is in de rechtspraak zeer beperkt uitgelegd. Bewuste roekeloosheid wordt eerst aanwezig geacht indien de werknemer zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging van het roekeloos karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust is geweest.¹⁵⁵ De Hoge Raad oordeelde in het arrest Pollemans/Hoon-

152 Zie ook Akkermans, *TVP* 2003, p. 93-104.

153 Daarvoor zal vrijwel steeds deskundigenonderzoek noodzakelijk zijn.

154 HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 948 (Sweegers Beton/Van den Hout).

155 HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198 (Pollemans/Hoondert). Zie ook HR 11 september 1998, *NJ* 1998, 870 (Van der Wiel/Philips).

HOOFDSTUK 3

dert¹⁵⁶ dat een dergelijk bewustzijn niet aanwezig was bij een werknemer die bij het aanbrengen van dakbedekking door de reeds aanwezige dakbedekking heen zakte en naar beneden viel, dit ondanks het feit dat de werkgever het personeel de instructie had gegeven om niet buiten de steigeronderdelen te lopen en bovendien – althans dat stelde hij – de bewuste werknemer meerdere keren had gewaarschuwd toen bleek dat hij toch buiten de steigeronderdelen om op het dak liep. De Hoge Raad achtte dit echter niet voldoende voor het aannemen van bewuste roekeloosheid, omdat niet vast stond dat de werknemer ook kort voor het ongeval wist dat hij roekeloos handelde. Achtergrond van dit oordeel is dat een werknemer door de dagelijkse omgang met mogelijk gevaarlijke machines en/of door het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie niet steeds meer de noodzakelijke voorzichtigheid in acht neemt. Een werkgever dient daarmee rekening te houden. In de literatuur is naar aanleiding van Pollemans/Hoondert en vergelijkbare uitspraken opgemerkt dat het, gezien de vereisten die de Hoge Raad aan bewuste roekeloosheid stelt, voor een werkgever vrijwel onmogelijk is om de aanwezigheid ervan te bewijzen. Door onder andere Hartlief is daarom aanbevolen om werknemers die veiligheidsinstructies niet volgen, over te plaatsen, te schorsen of desnoods te ontslaan.¹⁵⁷

Zouden ook oorzaken van een psychische ziekte die niet zijn gelegen in de werkomstandigheden, maar in de privé-sfeer van de werknemer, slechts aan hem kunnen worden toegerekend als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, dan bestaat de kans dat de werkgever aansprakelijk wordt gehouden voor de gevolgen van niet-werkgerelateerd letsel. Veelal zal immers, zoals gezegd, geen sprake zijn van opzet of bewuste roekeloosheid. Conform de alles-of-niets regel van artikel 7:658 BW zou de werkgever dan voor de volledige schade aansprakelijk zijn, waaronder die schade die is veroorzaakt door buiten het werk gelegen omstandigheden. Andersom kan zich ook de situatie voordoen dat de schadevergoedingsplicht van de werkgever geheel vervalt omdat wél wordt aangenomen dat sprake is van eigen schuld van de werknemer, dit hoewel een schadeverdeling wellicht beter op zijn plaats was geweest. Deze gevolgen kunnen worden vermeden door het begrip 'eigen schuld' in artikel 7:658 BW zo uit te leggen dat hieronder alleen opzet of bewuste roekeloosheid *op* het werk valt, en niet ook *buiten* het werk liggende oorzaken. Deze tweede soort oorzaken kunnen dan eventueel aan de werknemer worden toegerekend, terwijl eigen schuld op het werk nog steeds alleen van invloed is op de aansprakelijkheid van de werkgever als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Deze uitleg komt mijns inziens niet in strijd met de beperking van eigen schuld in artikel 7:658 BW, omdat het artikel en de beperking betrekking hebben op eigen schuld in de werksfeer. De gedachte erachter is immers dat veel arbeidsongevallen en beroepsziekten mede het gevolg zijn van het feit dat de werknemer in de dagelijkse routine niet steeds de vereiste

156 HR 20 september 1996, NJ 1997, 198.

157 Hartlief in *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, 1997, p. 499-500.

voorzichtigheid in acht neemt. Zou dit aan hem tegengeworpen kunnen worden, dan zou hij veel van de bescherming van artikel 7:658 BW verliezen. Deze ratio geldt echter niet voor letsel dat mede is veroorzaakt door privé-omstandigheden. Gezegd kan worden dat deze (privé-)omstandigheden buiten het kader van artikel 7:658 BW vallen en daarom wel voor rekening van de werknemer gebracht kunnen worden. In feite is dan sprake van een beperking van de beperking van eigen schuld in artikel 7:658 BW in die gevallen waarin een psychische ziekte meerdere, niet alleen werkgerelateerde oorzaken heeft.¹⁵⁸

In de lagere rechtspraak is deze benadering door de kantonrechter Middelburg toegepast in een geval waarin een werknemer longkanker had opgelopen door (een combinatie van) blootstelling aan asbeststof op het werk en roken.¹⁵⁹ De kantonrechter was van mening dat de schade, voor zover die het gevolg was van het roken van de werknemer, niet volledig voor rekening van de werkgever kon worden gebracht en rekende de schade daarom, op de voet van artikel 6:101 BW, deels aan de werkgever toe en deels aan de werknemer. Deze benadering is vervolgens door enkele andere rechters overgenomen in zaken waarin eveneens schadevergoeding vanwege longkanker werd gevorderd.¹⁶⁰ Ook in een RSI-zaak is, zoals gezegd, door een kantonrechter aangegeven dat hij een dergelijke toepassing van artikel 6:101 BW billijk zou vinden in geval de RSI-klachten van de werknemer mede het gevolg zouden zijn van activiteiten van de werknemer in de privé-sfeer.¹⁶¹ De rechter oordeelde daarbij ook dat zijns inziens aan de stelplicht van de werkgever dat sprake is van eigen schuld in de zin van privé-oorzaken aan de zijde van de werknemer geen hoge eisen mogen worden gesteld, evenmin als dit mag aan de stelplicht van de werknemer ten aanzien van de zorgplicht van artikel 7:658 BW. Van een werknemer die zich verzet tegen een verweer van eigen schuld, mag, aldus deze rechter, gevergd worden dat hij de omstandigheden aangeeft die meer in zijn sfeer liggen (evenals de werkgever dit moet bij omstandigheden die meer in zijn sfeer liggen). De werknemer zal dan

158 Deze benadering is door meerdere auteurs bepleit voor ziekten waarbij sprake kan zijn van een samenloop van werkgerelateerde en niet werkgerelateerde oorzaken (naast psychische ziekten bijv. ook RSI en longkanker): Vgl. Akkermans, *Verkeersrecht* 1999, p. 193-197; Waterman, *Arbeid Integraal* 2000, p. 90; Van Dijk, *TVP* 2002, p. 7-8.

159 Ktr. Middelburg, 1 februari 1999, *Verkeersrecht* 1999, 117 (Schaier/De Schelde).

160 Zie onder meer Ktr. Eindhoven 23 augustus 2001, *JAR* 2003, 286; Ktr. Schiedam 17 december 2002, *JAR* 2004, 9; Hof Amsterdam 18 maart 2004, *JAR* 2004, 96. In deze zaken was door de werknemer overigens alleen vergoeding van dat gedeelte van de schade gevorderd dat naar zijn mening viel toe te rekenen aan het werk. De werknemer had zijn vordering dus reeds op voorhand beperkt. Daardoor is in deze zaken door de rechter geen principiële uitspraak gedaan over het verdelen van schade op grond van art. 6:101 BW.

161 Ktr. Middelburg 1 september 2003, *JAR* 2003, 269.

HOOFDSTUK 3

volledig en naar waarheid inlichtingen moeten geven over eventueel ziekmakende activiteiten in de privé-sfeer.

Ik onderschrijf deze uiteenzetting van de kantonrechter evenals de door hem voorgestelde verdeling van stelplicht en bewijslast ten aanzien van de omstandigheden in de privé-sfeer. Overigens nam de rechter in de bewuste zaak zelf geen eigen schuld van de werknemer aan omdat de werknemer naar zijn oordeel de stellingen van de werkgever, inhoudende dat de RSI het gevolg was van het verbouwen door de werknemer van zijn woning en van een handel in deuren waarmee hij zich bezig zou houden, voldoende had weerlegd.¹⁶²

In de literatuur wordt verschillend gedacht over een verdeling van eigen schuld in het kader van artikel 7:658 BW. Waar het gaat om psychische ziekten lijken de meeste auteurs evenwel van oordeel te zijn dat het niet billijk is om de gevolgen van deze ziekten, voor zover deze in de privé-sfeer van de werknemer liggen, aan de werkgever toe te rekenen.¹⁶³ Een verdeling op grond van artikel 6:101 BW vindt vrij algemeen weerklank in dit opzicht.¹⁶⁴

Overigens ben ik van mening dat voor eigen schuld van een werknemer aan het ontstaan van psychische ziekte *op het werk* wel de beperking tot opzet of bewuste roekeloosheid van kracht moet blijven. Daarvoor geldt namelijk wél, anders dan bij psychisch letsel door privé-oorzaken, de ratio dat de werkgever zeggenschap heeft over de werkomstandigheden en de werknemer, tot op zekere hoogte, tegen zichzelf dient te beschermen. Zo kan naar mijn mening niet aan een werknemer worden tegengeworpen dat een eventuele burn-out zijn eigen schuld is omdat hij lange werkweken is blijven maken terwijl hij eigenlijk oververmoeid was, hetzij uit ambitie, hetzij omdat hij dacht dat dit van hem verwacht werd, hetzij omdat hij niet wilde laten merken dat hij het werk niet meer aankon. Zou dat wel gebeuren, dan zou artikel 7:658 BW (of in voorkomende gevallen artikel 7:611 BW) veel van zijn beschermende strekking verliezen. Wel kan een aspect als het zonder klagen blijven doorwerken ondanks stress-symptomen, van invloed zijn op het aannemen van een zorgplicht van de werkgever, omdat het in een dergelijk geval

162 Zie onder 6.1 tot en met 6.3 van de uitspraak.

163 Zie bijvoorbeeld Waterman, *Arbeid Integraal* 2000, p. 90; Lindenbergh, *AV&S* 2003, p. 23-24; A. Bouichi, M. de Jonge en M. Nolen, "Stress en eigen schuld", *Ars Aequi* 2002, p. 867.

164 Dit geldt niet zonder meer ten aanzien van andere mede-oorzaken van deels werkgerelateerde ziekten, zoals roken. Te dien aanzien valt ook wel het geluid te horen dat roken zoveel voorkomt, zeker enkele decennia geleden, dat een werkgever daarmee op het vlak van werkgeversaansprakelijkheid rekening moet houden. Vgl. L. Bier, "Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten" in *Handboek personenschade* 2002, p. 2020-84, noot 1 en p. 2020-93. Zie ook Akkermans, *Verkeersrecht* 1999, p. 197.

voor een werkgever moeilijker kenbaar zal zijn dat er een risico op burn-out bestaat.¹⁶⁵

3.8.4 *Conclusie met betrekking tot eigen schuld*

Samenvattend ben ik van mening dat de benadering waarbij, als de aansprakelijkheid van de werkgever eenmaal vaststaat, wordt aangenomen dat die aansprakelijkheid zich ook uitstrekt tot schade als gevolg van andere oorzaken, en deze andere oorzaken alleen in beperkte mate bij de werknemer zelf in rekening kunnen worden gebracht als kan worden aangenomen dat zij de looptijd van de schade zouden hebben bekort, niet voldoet bij psychische ziekten, gelet op het veelal multicausale karakter daarvan. Beter is een benadering waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen predisposities, waarvan de gevolgen in beginsel wel voor rekening van de werkgever komen, en privé-oorzaken, waarbij dat in beginsel niet het geval is. Toepassing van artikel 6:101 BW ligt daarbij meer in de rede dan toepassing van artikel 6:98 BW, omdat artikel 6:101 BW een overzichtelijker kader biedt voor het tegen elkaar afwegen van mede-oorzaken dan artikel 6:98 BW. Toerekening aan de werknemer van privé-oorzaken van psychisch letsel behoeft niet in strijd te komen met de beperking van het eigen schuld verweer tot opzet of bewuste roekeloosheid in artikel 7:658 BW, omdat deze beperking geacht moet worden alleen betrekking te hebben op eigen schuld in het kader van de werkzaamheden en niet op eigen schuld in de betekenis van buiten het werk gelegen oorzaken van een bepaalde ziekte. Bij artikel 7:611 BW rijzen in dit opzicht geen bijzondere problemen omdat artikel 6:101 BW gewoon van toepassing is op verplichtingen tot schadevergoeding die voortvloeien uit dit artikel.

3.9 **Schade**

3.9.1 *Inleiding; soort schade als afbakenend criterium*

Een verplichting tot schadevergoeding op de voet van artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW kan uiteraard alleen ontstaan als er daadwerkelijk schade is geleden. Ten aanzien van psychisch letsel kan in dit verband de vraag gesteld worden of schade als gevolg daarvan überhaupt voor vergoeding in aanmerking moet komen. Van Dunné heeft in dit opzicht opgemerkt dat het niet vreemd zou zijn

165 Mocht ook het begrip eigen schuld aan het ontstaan van werkgerelateerde oorzaken van letsel ruimer worden ingevuld, dan nu het geval is – een pleidooi hiervoor is te vinden bij A. Geers, “Kanttekeningen bij het preadvies van W. Rauws”, in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag 2003, p. 183-184 – dan lijkt me dat in elk geval proportionele aansprakelijkheid uitgangspunt moet zijn, en niet het in dat geval volledig vervallen van de aansprakelijkheid van de werkgever. Zie ook Geers, p. 184.

HOOFDSTUK 3

als het antwoord op deze vraag ontkennend zou luiden, nu er een heleboel soorten schade niet vergoed worden.¹⁶⁶ De vraag of psychisch letsel vergoed dient te worden, is in dit licht gezien een rechtspolitieke vraag. Gezegd kan worden dat deze vraag is beantwoord bij de invoering van het nieuw BW in 1992 waarbij als uitgangspunt is geformuleerd, althans in artikel 6:107 BW, dat geestelijk en lichamelijk letsel op één lijn gesteld moeten worden. Nu titel 10 boek 6 BW ook van toepassing is op verplichtingen tot schadevergoeding ex artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW kan op die grond gezegd worden dat psychisch letsel voor vergoeding op de voet van deze artikelen in aanmerking moet kunnen komen, mits sprake is van schending van een verplichting als bedoeld in deze artikelen. In lijn hiermee heeft de Hoge Raad in maart 2005 beslist dat artikel 7:658 BW betrekking kan hebben op psychisch letsel.¹⁶⁷ Eerder had de Hoge Raad al geoordeeld dat een beroep op artikel 7:611 BW kan worden gedaan ter verkrijging van schadevergoeding voor psychisch letsel.¹⁶⁸ De vraag of psychisch letsel überhaupt voor vergoeding in aanmerking komt, is daarmee een gepasseerd station. Eén en ander wil natuurlijk niet zeggen dat alle vormen van psychisch letsel onbeperkt voor vergoeding in aanmerking moeten komen. Zoals ik heb opgemerkt in § 3.2.2, moet naar mijn mening de afbakening tussen psychisch letsel dat wel en psychisch letsel dat niet voor vergoeding in aanmerking komt, echter niet worden gemaakt aan de hand van de schadesoort, maar aan de hand van andere criteria voor aansprakelijkheid, in het bijzonder aan de hand van het soort norm dat is geschonden.

3.9.2 *Materiële schade*

Wil een psychische ziekte recht kunnen geven op schadevergoeding, op grond van artikel 7:658 BW, artikel 7:611 BW, of op grond van een ander artikel, dan zal er daadwerkelijk sprake moeten zijn van ziekte, dat wil zeggen van ziekte als gevolg waarvan iemand een tijd lang niet meer kan werken, en niet van bijvoorbeeld een week oververmoeidheid of een paar baaldagen. Indien daadwerkelijk sprake is van ziekte in deze zin en indien als gevolg daarvan materiële schade wordt geleden, bijvoorbeeld in de vorm van medische kosten of van een verlies aan verdien capaciteit, dan komt deze schade, mits aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan, in beginsel voor vergoeding in aanmerking.

Wel lijkt mij dat de eisen die worden gesteld aan het bewijs van het bestaan van een psychische ziekte in de praktijk veelal zwaarder zullen wegen dan bij fysiek letsel omdat psychische ziekten vaak minder zichtbaar zijn en mede daardoor

166 J.M. van Dunné, "Psychisch letsel als vorm van schade" in *Bijzonder letsel. Inleidingen gehouden op het symposium van de vereniging van Letselschade Advocaten*, Lelystad 1995, p. 56.

167 HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84; *RvdW* 2005, 37 (ABN AMRO/Nieuwenhuys).

168 HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667 (Nuts/Hofman). Zie verder § 3.2.2.

moeilijker te verifiëren. Bovendien speelt bij psychische ziekten meer dan bij fysieke ziekten het probleem dat het niet altijd eenvoudig zal zijn om een onderscheid te maken tussen normale en abnormale (ziekelijke) emoties en aldus tussen gezond en ziek. Daarom moet ten minste overtuigend medisch bewijs aanwezig zijn, wil aangenomen kunnen worden dat inderdaad sprake is van een psychische stoornis. In de regel zal hiervoor een onafhankelijk medisch onderzoek noodzakelijk zijn. Wordt een bepaald ziektebeeld alleen bevestigd door de bedrijfsarts en de sociaal verzekeringsarts, eventueel in combinatie met verklaringen van eigen artsen van de werknemer, dan zal dat mijns inziens vaak onvoldoende zijn.¹⁶⁹ De verklaringen van bedrijfsarts en sociaal verzekeringsarts hebben namelijk niet de strekking om vast te stellen of in juridische zin sprake is van een bepaalde ziekte en de behandelend artsen van de werknemer staan niet onafhankelijk tegenover hem. Onafhankelijk onderzoek zal daarom in de meeste gevallen wenselijk zijn.¹⁷⁰

3.9.3 *Immateriële schade*

Geestelijk letsel als gevolg van immateriële schade is, indien er geen lichamelijke component is, alleen voor vergoeding vatbaar, indien het aangemerkt kan worden als een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106 lid 1 aanhef en sub b BW. Tijdens de parlementaire behandeling van dit artikel is aangegeven dat hiervan sprake is in geval er (zeer) ernstige psychische storingen zijn toegebracht.¹⁷¹ Verdere specificatie van wanneer dat het geval is, is niet gegeven. In de literatuur en rechtspraak is vervolgens de vraag gerezen of voor het recht op smartengeld wegens geestelijk letsel vereist is dat sprake is van een erkend psychiatrisch ziektebeeld. De Hoge Raad heeft zich hierover niet eenduidig uitgesproken. In iets oudere arresten maakte de Hoge Raad onderscheid tussen geestelijk letsel dat recht geeft op smartengeld enerzijds¹⁷² en gevoelens van 'psychisch

169 Vgl. in dit opzicht ook HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84; *RvdW* 2005, 37 (ABN AMRO/Nieuwenhuys), waarin de Hoge Raad het voorhanden zijn van één deskundigenoordeel, waarin werd geconcludeerd tot het bestaan tussen werk en ziekte, onvoldoende achtte om dit causale verband aan te nemen, mede gelet op het gemotiveerde verweer van de werkgever. Zie verder hierover § 13.4.2.

170 In dezelfde zin J.F. Roth, "Werkgeversaansprakelijkheid, Ktr. Terneuzen 29 september 2004, *JAR* 2004, 270 (beroepsziekte burn-out)", *TVP* 2005, p. 21.

171 Eindverslag I, PG Bk 6, p. 387 en MO I PG Inv.W. Bk 6, p. 1857. Zie voor een uitgebreide bespreking S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer, 1998, p. 129-150.

172 Zoals bijvoorbeeld in HR 1 november 1996, *NJ* 1997, 134 (Kraaiende krielhannen II); HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662 (Kip en Sloetjes/Rabobank); HR 23 januari 1998, *NJ* 1998, 366 (B/FIOM).

HOOFDSTUK 3

onbehagen¹⁷³ of van 'een zich persoonlijk gekwetst voelen'¹⁷⁴ anderzijds. Het begrip 'psychisch onbehagen' werd daarbij overigens ruim opgevat, gelet op het oordeel van de Hoge Raad in het arrest *Ontvanger/Bos*.¹⁷⁵ Daarin liet de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand dat slechts sprake was van psychisch onbehagen aan de zijde van Bos, dit terwijl het psychisch leed van Bos, dat onder meer bleek uit diverse opnames in psychiatrische inrichtingen en verschillende zelfmoordpogingen, toch ernstiger leek dan dat.¹⁷⁶

In het *Kindertaxi*-arrest¹⁷⁷ uit februari 2002 overwoog de Hoge Raad vervolgens dat immateriële schade die het gevolg is van de confrontatie met een ongeval waarbij een dierbare om het leven komt of gewond raakt, voor vergoeding in aanmerking komt als "het bestaan van geestelijk letsel, waardoor iemand in zijn persoon is aangetast, in rechte kan worden vastgesteld, hetgeen in het algemeen slechts het geval kan zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld." In dit arrest wordt dus uitdrukkelijk gerefereerd aan het bestaan van een erkende psychiatrische ziekte als voorwaarde voor het recht op smartengeld wegens geestelijk letsel. Aan de andere kant lijkt de Hoge Raad door het gebruik van de woorden "in het algemeen" de mogelijkheid niet uit te sluiten dat ook in geval van andere psychische ziekten, niet zijnde erkende psychiatrische ziekten, recht kan bestaan op smartengeld.

Dat deze mogelijkheid inderdaad bestaat, heeft de Hoge Raad vervolgens duidelijk gemaakt in onder meer de arresten *Beliën/Provincie Brabant*¹⁷⁸ en *J/Staat der Nederlanden*.¹⁷⁹ Daarin overwoog de Hoge Raad dat ook een zakelijk geschil (in de zaak *Beliën*) of onrechtmatig optreden van een officier van justitie (in *J/Staat*) kan leiden tot een psychische beschadiging van zodanige aard dat een aantasting van de persoon aanwezig geoordeeld kan worden, die recht geeft op een vergoeding van immateriële schade. De Hoge Raad overweegt daaromtrent als volgt (in *J/Staat*):

"De partij die zich op een dergelijke aantasting van de persoon beroept, zal voldoende concrete gegevens moeten aanvoeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval een psychische beschadiging is ontstaan, waartoe nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel is of had kunnen zijn vastgesteld (vgl. HR 9 mei 2003, nr. C01/246HR, *RvdW* 2003, 92 (*Beliën*, mv))."

173 Zie bijvoorbeeld HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366 (*Ontvanger/Bos*).

174 HR 4 februari 1983, *NJ* 1984, 631 (*Franke/Van den Boom c.s.*).

175 HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366.

176 Mogelijk had de Hoge Raad andere redenen om in dit arrest geen smartengeld te willen toekennen, zoals dat het een zakelijk geschil betrof. Zie hierover *Lindenbergh*, *NJB* 1998, p. 353.

177 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240.

178 HR 9 mei 2001, *RvdW* 2003, 92.

179 HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 348.

Dit criterium lijkt nu leidend te zijn waar het gaat om de vraag of immateriële schade als gevolg van psychisch letsel recht geeft op schadevergoeding conform het bepaalde in artikel 6:106 lid 1 aanhef en sub b BW.¹⁸⁰ In de lagere rechtspraak werd een dergelijk criterium al eerder toegepast. Daarin zijn onder meer langdurige en ernstige spanningen voldoende geacht voor het toekennen van een vergoeding van immateriële schade wegens geestelijk letsel.¹⁸¹ In de literatuur hebben sommige schrijvers gepleit voor toepassing van het vereiste van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, terwijl anderen hebben aangegeven daar weinig voor te voelen en van mening te zijn dat ook reële en ernstige vormen van psychisch leed die niet aan deze kwalificatie voldoen voor vergoeding in aanmerking moeten komen.¹⁸²

Persoonlijk kan ik mij goed vinden in het criterium dat de Hoge Raad heeft toegepast in *Beliën/Provincie Brabant* en in *J/Staat*. De eis van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld biedt naar mijn mening slechts schijnzekerheid. Uiteraard moet, voor het recht op smartengeld, komen vast te staan dat sprake is van ernstig psychisch leed. Hiervoor zal vrijwel steeds medische rapportage(s) van een psychiater of psycholoog noodzakelijk zijn. Blijkt uit een dergelijke rapportage en uit overige door de werknemer aangedragen informatie, dat daadwerkelijk van een serieuze psychische ziekte sprake is, dan lijkt me niet dat smartengeld geweigerd kan worden omdat het juiste psychiatrische etiket ontbreekt. Het bestaan van psychisch letsel is dan voldoende duidelijk aangetoond.

Het is overigens ook de vraag wanneer van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld sprake is. Zo wordt burn-out door het Nederlands Centrum voor Beroeps-

180 Het bestaan van psychisch letsel is overigens niet steeds een voorwaarde voor het recht op smartengeld wegens een aantasting in de persoon. Recht op smartengeld kan ook bestaan in geval van een ernstige schending van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer of van een zeer ernstige inbreuk op de integriteit van een persoon. Zie onder meer HR 9 juli 2004, *RvdW* 2004, 98 en *JA* 2004, 3 (Oudejaarsrellen bij woning SP-ers in Groningen) en de noot van J.M. Menge bij de uitspraak in *JA*. Niet het geestelijk letsel geeft dan recht op smartengeld, maar de aantasting van de levenssfeer en/of inbreuk op de integriteit.

181 Zie onder meer Rb. Utrecht 4 december 1996, *Letsel & Schade* 1997, 1; Rb. Amsterdam 29 maart 1995, *Verkeersrecht* 1996, 24; Hof Amsterdam 22 december 1988, *NJ* 1990, 85.

182 Het eerste standpunt wordt onder meer verdedigd door Lindenbergh, *NJB* 1998, p. 354-355; H.Th. Bouma, "Psychische schade, smartengeld en verplichting tot schadebeperking", *Verkeersrecht* 1995, p. 207-210; en C.J.H. Brunner in zijn noot onder HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366 (Ontvanger/Bos). Het tweede standpunt is onder meer te vinden bij A.J. Verheij, "Een pleidooi voor de vergoeding van geringe immateriële schade", *RM Themis* 1998, p. 339-350; en R.J.P. Kottenhagen, "Vergoeding van immateriële schade; een rechtsgebied in een stroomversnelling?", *NTBR* 1998, p. 137-142 en Kottenhagen, *Letsel & Schade* 2000, p. 4-10.

HOOFDSTUK 3

ziekten als een beroepsziekte erkend, maar is deze ziekte niet terug te vinden in de DSM-IV of de ICD-10.¹⁸³ Wel zijn daarin ziektebeelden te vinden met groten-deels dezelfde symptomen als burn-out, bijvoorbeeld bepaalde depressies of aanpassingstoornissen.¹⁸⁴ De ziekte kan dan op zodanige wijze worden omschreven dat wel sprake is van een psychiatrische ziekte en op zodanige wijze dat dit niet het geval is. Het vereiste van een erkend psychiatrisch ziektebeeld biedt dan weinig houvast. Ook om die reden vind ik toepassing van dit criterium minder gelukkig.

3.9.4 *Omvang schade*

De omvang van schade door psychisch letsel kan moeilijk zijn vast te stellen omdat de duur ervan niet altijd zal zijn in te schatten. Veelal zal medische expertise hierover uitsluitsel moeten geven. Is het niet mogelijk om de schade nauwkeurig vast te stellen, dan kan deze worden geschat.¹⁸⁵ Ook kan de rechter, waar het de begroting van nog niet ingetreden schade betreft, de schade begroten door het afwegen van de goede en slechte kansen.¹⁸⁶ Dit kan door op deze wijze een bedrag ineens vast te stellen – ook dan gaat het in feite om een schatting – of door de werkgever te veroordelen tot het doen van periodieke uitkeringen. Indien zich vervolgens omstandigheden voordoen die aanleiding zijn tot vermindering of stopzetting van de periodieke uitkeringen – het slachtoffer herstelt – dan kan de rechter de veroordeling aanpassen of intrekken.¹⁸⁷ Een vergoeding voor letsel-schade van een werknemer betreft doorgaans een netto bedrag. Reden hiervoor is het uitgangspunt dat, waar het gaat om arbeidsvermogensschade, niet een vergoeding voor een verlies aan inkomsten wordt toegekend maar schadevergoeding, omdat de bron van inkomsten – het verdienvermogen van een werknemer – is aangetast. Vergoeding van arbeidsvermogensschade verschilt in dit opzicht van een ontslagvergoeding, waarbij vrijwel steeds sprake is van een brutobedrag, omdat een ontslagvergoeding, anders dan een vergoeding van arbeidsvermogensschade, doorgaans wordt beschouwd als loon uit dienstbetrekking. De hoogte van immateriële schade is ook bij geestelijk letsel niet exact te berekenen en wordt daarom ex aequo et bono vastgesteld. Daarbij wordt rekening gehouden met factoren als de aard en de duur van het letsel, de mate van schuld van de veroorzaker, de wijze waarop de schade is veroorzaakt, de mate van pijn en met toegekende vergoedingen in vergelijkbare gevallen. Door Kottenhagen is in dit opzicht voorgesteld om aansluiting te zoeken bij richtlijnen die in het Engelse recht worden gehanteerd voor de vaststelling van de omvang van *general*

183 Zie bijv. Sorgdrager, *TVP* 2003, p. 17.

184 Zie § 2.5.4.

185 Vgl. art. 6:97 BW.

186 Vgl. art. 6:105 BW.

187 Deze benadering wordt bepleit door Stolker en Levine, *NJB* 1996, p. 891.

damages in geval van psychisch letsel.¹⁸⁸ In deze richtlijnen worden een zevental aspecten genoemd aan de hand waarvan de ernst van het psychisch letsel wordt beoordeeld. Vervolgens vindt indeling plaats in één van vier categorieën waaraan bedragen voor schadevergoeding zijn gekoppeld. Een soortgelijke benadering is, blijkens een artikel van advocaat Bunjes uit 1999,¹⁸⁹ toegepast bij de afwikkeling van de schadeclaims van de overlevenden van de vliegcrash te Faro, Portugal in 1992.¹⁹⁰ Daarbij werd aan elk slachtoffer gevraagd hoe men de ramp had beleefd, of men deze had verwerkt en, zo ja, hoe, of men bepaalde klachten en gevoelens had gehad of nog steeds had en in hoeverre deze klachten en gevoelens het dagelijks functioneren beïnvloed hadden of nog steeds beïnvloedden. Ook werd indringend gevraagd hoe het slachtoffer zich persoonlijk voelde na de ramp. Op basis hiervan werden vijf categorieën van ‘geestelijke invaliditeit’ vastgesteld. Deze indeling vormde vervolgens het uitgangspunt voor, onder meer, de hoogte van het smartengeld. Volgens Bunjes heeft deze aanpak goed gewerkt en zijn er over de hoogte van het smartengeld geen juridische procedures gevoerd. Een benadering als deze lijkt daarom aangewezen in meer zaken, ook in die zaken waarin geen sprake is van massaschade, maar van psychische ziekte in een individueel geval.

3.9.5 Schadevergoeding bij artikel 7:611 BW

Extra aandacht verdient de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding indien de aansprakelijkheid voor psychisch letsel wordt gebaseerd op artikel 7:611 BW. In de rechtspraak wordt namelijk wel aangenomen dat in dat geval de omvang van de schadevergoeding “naar billijkheid” kan worden vastgesteld, ook waar het gaat om materiële schade.¹⁹¹ Ook in de literatuur wordt wel opgemerkt dat, waar het gaat om de toekenning van schadevergoeding uit hoofde van artikel 7:611 BW, de omvang daarvan naar billijkheid kan worden vastgesteld.¹⁹² Achtergrond van deze opvatting is het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Deuss/Motel Holland* uit 1989.¹⁹³ In deze zaak vorderde werknemers *Deuss* schadevergoeding wegens wanprestatie van werkgever *Motel Holland*, nadat in

188 Kottentzen, *NTBR* 1998, p. 139-140 en p. 142. Zie over deze richtlijnen verder § 7.4.4. *General damages* hebben naar Engels recht niet alleen betrekking op immateriële schade, maar kunnen ook een vergoeding voor materiële schade omvatten. In die zin kunnen *general damages* niet zonder meer gelijkgesteld worden met smartengeld naar Nederlands recht.

189 H.J. Bunjes, “Shockschade – een experiment”, *Verkeersrecht* 1999, p. 10-12.

190 Bij deze ramp zijn 57 mensen omgekomen en waren er ruim 100 fysiek gewonden.

191 Zie bijvoorbeeld Ktr. Rotterdam 28 september 2000, *JAR* 2000, 244 en Ktr. Brielle 30 september 2003, *JAR* 2003, 267.

192 Van de Water, *ArbeidsRecht* 2003, p. 12.

193 HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 451 m.nt. PAS.

HOOFDSTUK 3

een eerdere procedure de arbeidsovereenkomst tussen partijen door de kantonrechter was ontbonden wegens een dringende reden aan de zijde van de werkgever. Omdat bij die ontbinding geen vergoeding kon worden toegekend,¹⁹⁴ vorderde Deuss deze afzonderlijk in een procedure gegrond op wanprestatie. De Hoge Raad wees deze vordering toe en overwoog daarbij als volgt ten aanzien van de omvang van de schadevergoeding:

“Hierbij is de schade, die ook op een nog langer durende onzekere toekomst betrekking heeft, vaak moeilijk te schatten en te bewijzen; vandaar dat de oplossing gekozen is dat de rechter een schadevergoeding “naar billijkheid” kan toekennen.”

Naar mijn mening kan dit arrest niet zo worden uitgelegd dat, op grond hiervan, in alle gevallen waarin op basis van artikel 7:611 BW dan wel wanprestatie van de werkgever schadevergoeding wordt toegekend, deze naar billijkheid kan worden vastgesteld. Bijzonder aan het arrest Deuss was dat dit betrekking had op een ontslagsituatie. Bij ontslag geldt als uitgangspunt dat een eventuele vergoeding naar billijkheid wordt toegekend.¹⁹⁵ Reden hiervoor is onder meer, zoals de Hoge Raad overweegt in het arrest Deuss, dat de schade als gevolg van een ontslag vaak moeilijk is te schatten en te bewijzen. Omdat de zaak Deuss enerzijds een ontslag betrof, maar de vordering van Deuss anderzijds was gegrond op wanprestatie, was het echter niet duidelijk of de schade nu naar billijkheid vastgesteld kon worden, zoals in een reguliere ontslagzaak, of dat volledige schadevergoeding het uitgangspunt moest zijn, zoals bij een verplichting tot schadevergoeding waarop titel 10 van boek 6 BW van toepassing is. Daarom was het van belang dat de Hoge Raad aangaf dat ook in een procedure waarin schadevergoeding wordt gevorderd op grond van wanprestatie (of op grond van artikel 7:611 BW), toekenning daarvan naar billijkheid mogelijk is, als het gaat om vergoeding van de schade als gevolg van een ontslag.¹⁹⁶

De uitkomst van het arrest Deuss is daarmee naar mijn mening alleen van belang voor situaties waarin op grond van wanprestatie/artikel 7:611 BW vergoeding van schade als gevolg van een ontslag wordt gevorderd. In procedures waarin op grond van wanprestatie vergoeding wordt gevorderd van andere vormen van schade, in het bijzonder letselschade, geldt, naar ik meen, gewoon de hoofdregel van titel 10 van boek 6 BW, zijnde dat vermogensschade zo volledig mogelijk wordt vergoed. In die gevallen lijkt me toekenning, op grond van artikel 7:611

194 Toekenning van een vergoeding is op grond van art. 7:685 lid 8 BW – en op grond van art. 1639w BW, de voorloper van art. 7:685 BW – alleen mogelijk in geval van een ontbinding wegens een wijziging in de omstandigheden en niet bij een ontbinding wegens een dringende reden.

195 Zie art. 7:685 lid 8 BW. Ook de vergoeding uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag wordt steeds naar billijkheid vastgesteld.

196 Zie ook M.S.A. Vegter, “Schadevergoeding en ontslagvergoeding”, *ArA* 2003, p. 66-69.

BW, van een schadevergoeding naar billijkheid voor materiële schade als gevolg van psychisch letsel, rechtens onjuist. Toekenning van een schadevergoeding naar billijkheid is uiteraard wel mogelijk en zelfs voorgeschreven in artikel 6:106 BW waar het gaat om immateriële schade, aangezien deze schade naar zijn aard niet kan worden berekend. Dit is echter anders bij materiële schade.

3.10 Vergoeding van psychisch letsel op grond van artikel 6:170 BW

3.10.1 *Algemene aspecten*

Grondslagen voor de vergoeding van psychisch letsel door het werk kunnen ook gevonden worden in het algemene aansprakelijkheidsrecht, namelijk in de artikelen 6:170 BW en 6:162 BW. Op grond van artikel 6:170 lid 1 BW kan een werkgever aansprakelijk worden gehouden voor schade die aan een derde is toegebracht door een fout van een ondergeschikte. Lid 1 van het artikel luidt als volgt:

Artikel 6:170

- 1 Voor schade, aan een derde toegebracht door een fout van een ondergeschikte, is degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult aansprakelijk, indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst hij stond, uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.

Blijkens artikel 6:170 lid 2 BW is voor aansprakelijkheid van een natuurlijk persoon die in de privé-sfeer werkzaamheden laat verrichten een nauwer verband tussen de opgedragen taak en de onrechtmatige daad vereist dan voor aansprakelijkheid van de werkgever in het algemeen zoals verwoord in lid 1. Lid 3 van artikel 6:170 BW bepaalt dat, indien zowel de ondergeschikte als de werkgever aansprakelijk zijn voor een bepaalde schade, de ondergeschikte in beginsel alleen behoeft bij te dragen aan schadevergoeding indien de schade het gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid.

Tot de derden voor wiens schade de werkgever aansprakelijk kan worden gehouden indien deze door één van zijn werknemers is veroorzaakt, behoren ook collega's van de werknemer die de schade heeft veroorzaakt. Artikel 6:170 BW kan als zodanig de grondslag vormen voor aansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel van één van zijn werknemers, voor zover dit letsel door een collega (en/of leidinggevende) is veroorzaakt.¹⁹⁷ Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan psychische arbeidsongeschiktheid als gevolg van seksuele intimidatie of pesten door één of meerdere collega's. Een werkgever kan eerst op grond

197 Een leidinggevende kan ook gezien worden als een collega. In dit boek zal in de regel echter een onderscheid worden gemaakt tussen collega's en leidinggevendenden. Met het eerste worden dan collega's aangeduid op hetzelfde niveau als de werknemer en met het tweede collega's hoger in de hiërarchie.

HOOFDSTUK 3

van artikel 6:170 BW aansprakelijk worden gehouden voor door één van zijn werknemers veroorzaakte schade indien er voldoende verband bestond tussen de fout van de werknemer en de aan hem opgedragen taak. Aan dit vereiste is in beginsel voldaan indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en de werkgever zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.¹⁹⁸ Onder fout wordt verstaan een toerekenbare onrechtmatige daad van de ondergeschikte.

Bij de beoordeling of de kans op een bepaalde onrechtmatige daad is vergroot door de opdracht tot het verrichten van bepaalde werkzaamheden zijn vier elementen van belang: de aard van de onrechtmatige daad, de plaats ervan, het tijdstip waarop de onrechtmatige daad is verricht en het middel waarmee hij is gepleegd.¹⁹⁹ Is de onrechtmatige daad gepleegd tijdens werktijd en/of op de plaats waar de werknemer zijn werkzaamheden behoorde te verrichten, dan wordt vrij snel aangenomen dat is voldaan aan het vereiste van het functioneel verband. Ditzelfde geldt indien de fout is gemaakt met middelen die aan de werkgever toebehoorden of die door deze aan de werknemer ter beschikking zijn gesteld. Het is dan aan de werkgever om te bewijzen dat er geen functioneel verband is.²⁰⁰

In de literatuur en rechtspraak wordt aangenomen dat het bij (gewelds)misdrijven minder voor de hand ligt om aansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW aan te nemen dan bij een louter civiel delict.²⁰¹ Het verband met het werk is dan immers minder nauw. Aansprakelijkheid op grond van artikel 6:170 BW voor de gevolgen van een misdrijf is echter niet onmogelijk.²⁰² Door het Hof Amsterdam is bijvoorbeeld in een zaak uit 1998 aansprakelijkheid van de werkgever aangenomen voor het letsel dat werknemer H. had opgelopen door de karate- of kickbokstrap waarmee werknemer S. hem tegen zijn hoofd had geschopt. Het hof achtte hiervoor doorslaggevend dat het conflict tussen beide werknemers betrekking had op de werksfeer bij het bedrijf van S., dat het ontstond en zich afspeelde in de werk-

198 Zie over het verband tussen fout en werkzaamheden en meer in het algemeen over de kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever, uitgebreid J.W. Hoekzema, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad* (diss. Groningen), 2000, i.h.b. p. 49-58 en p. 63-67.

199 Vgl. F.T. Oldenhuis, "Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten; functioneel verband (art. 6:170 lid 1 BW)", *A&V* 2000, p. 112.

200 Vgl. C. Jongens, "Noot bij CRvB 25 oktober 2001, nr. 99/4332 AW", *TVP* 2002, p. 93-95.

201 Zie onder meer Asser-Hartkamp 4-III, *Verbintenissenrecht, deel III, De Verbintenis uit de wet*, Deventer 2002, nr. 142 met verwijzing naar HR 30 december 1977, *NJ* 1978, 332. Zie ook Rb. 's-Hertogenbosch 23 juni 2004, *JA* 2004, 111.

202 HR 21 mei 1937, *NJ* 1937, 638 (diefstal machines uit fabriek); Hof 's-Gravenhage, 10 februari 1999, rolnr. 97/1906, n.g. (mishandeling van een opsporingsambtenaar bij diens controlebezoek), zie hierover C. Jongens, *TVP* 2002, p. 95. Zie ook Hof Amsterdam, 15 januari 1998, *NJ Kort* 1999, 26.

situatie van beide betrokkenen, dat het zich richtte op het, beweerd, oncollegiaal gedrag van H. jegens S. of andere medewerkers, dat de daad werd begaan in omstandigheden die in het leven waren geroepen door beide arbeidsverhoudingen en dat de gelegenheid tot het onrechtmatig handelen ontstond tijdens een moment waarop, zoals vaker, verscheidene personeelsleden aanwezig waren in de kantine na aanvang van de werktijd.²⁰³ Geen functioneel verband tussen misdrijf en de werkzaamheden werd aangenomen door het Hof 's-Gravenhage in een zaak waarin werknemer A. werknemer B. (beiden vorkheftruckchauffeurs) op de werkvloer en onder werktijd had mishandeld met hoofdpijn, nek- en schouderklachten en een depressie tot gevolg. Volgens het hof was niet gebleken dat de aan A. gegeven opdracht de kans op de mishandeling had verhoogd en evenmin dat de werkgever enige zeggenschap had gehad over de mishandeling. Deze had, aldus het hof, ook buiten het werkterrein en buiten werktijd kunnen plaatsvinden.²⁰⁴

De aansprakelijkheid van de werkgever ex artikel 6:170 BW is een risicoaansprakelijkheid. Voor aansprakelijkheid is niet vereist dat de werkgever zelf is tekortgeschoten. In die zin verschilt de aansprakelijkheid op grond van artikel 6:170 BW van aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW, artikel 7:611 BW, en het hierna nog te bespreken algemene onrechtmatige daadsartikel, artikel 6:162 BW. Voor aansprakelijkheid van de werkgever op deze drie laatste grondslagen is in beginsel steeds vereist dat hem een tekortkoming valt te verwijten. Een beroep op artikel 6:170 BW sluit een beroep op artikel 7:658 BW of een andere grondslag voor foutaansprakelijkheid overigens niet uit. In voorkomende gevallen is het mogelijk dat een werkgever zowel is tekortgeschoten in zijn zorgplicht voor veilige arbeidsomstandigheden als bedoeld in artikel 7:658 BW (of eventueel 7:611 BW of 6:162 BW), bijvoorbeeld doordat hij te weinig maatregelen heeft getroffen om te voorkomen dat de ene werknemer de andere schade toebrengt, alsook aansprakelijk is uit hoofde van artikel 6:170 BW omdat de kans op het veroorzaken van de schade is vergroot door een bepaalde opdracht en de werkgever over die opdracht zeggenschap had.²⁰⁵

203 Hof Amsterdam, 15 januari 1998, *NJ Kort* 1999, 26. Hierover F.T. Oldenhuis, *A&V* 2000, p. 110-113.

204 Hof Arnhem, 9 januari 2001, nr. 99/463. Hierover T.A. Hekster, "Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten: Het functioneel verband", *NbBW* 2001, p. 64-67.

205 In het openstaande lade-arrest bijvoorbeeld – HR 9 november 2001, *JAR* 2001, 256; *NJ* 2002, 79 m.nt. PAS – waarin een apothekersassistente letsel opliep als gevolg van een val, nadat zij tegen een openstaande lade van een medicijnkast was aangelopen, had de werkneemster zich zowel op art. 7:658 BW kunnen beroepen als op art. 6:170 BW. In het eerste verband had zij kunnen aanvoeren dat de werkgever nalatig was geweest door er niet voor te zorgen dat openstaande laden steeds vanzelf weer dichtgingen en in het tweede verband – hetgeen zij feitelijk heeft gedaan – dat een collega ten onrechte de lade had laten openstaan.

HOOFDSTUK 3

Op een verplichting tot schadevergoeding op grond van artikel 6:170 BW is artikel 6:101 BW van toepassing. Dat betekent echter niet dat eigen schuld van een werknemer aan het ontstaan van schade volledig bij hem in rekening kan worden gebracht. In het openstaande lade-arrest uit 2001²⁰⁶ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat in die gevallen waarin een werknemer in het kader van de uitvoering van de hem opgedragen werkzaamheden letsel oploopt als gevolg van zowel een gevaarscheppende handeling van een andere werknemer, waarvoor de werkgever uit hoofde van artikel 6:170 BW aansprakelijk is, als van eigen schuld van de werknemer, de schade geheel voor rekening van de werkgever komt, tenzij de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Ratio hiervan is dat het gaat om schade die binnen een dienstverband is geleden in werkomstandigheden die in eerste instantie door de werkgever worden bepaald. De Hoge Raad zoekt hierbij aansluiting bij artikel 7:658 BW waarin eveneens alleen ruimte is voor het bij de werknemer in rekening brengen van eigen schuld indien deze aangemerkt kan worden als opzet of bewuste roekeloosheid.

3.10.2 Aansprakelijkheid op grond van artikel 6:170 BW voor psychisch letsel

Denkbaar is dat een werknemer op grond van artikel 6:170 lid 1 BW zijn werkgever aansprakelijk stelt voor psychisch letsel dat hem is toegebracht door een andere werknemer. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan psychische arbeidsongeschiktheid als gevolg van pesten of seksuele intimidatie door een collega en/of leidinggevende. De werknemer die zich ter verkrijging van schadevergoeding in een dergelijk geval op artikel 6:170 BW beroept zal zowel duidelijk moeten maken dat sprake is van onrechtmatig handelen van de collega of leidinggevende alsook dat dit onrechtmatig handelen in een functionele relatie staat tot de werkzaamheden van de collega of leidinggevende. Toont een werknemer aan dat hij seksueel is geïntimideerd of structureel is gepest, dan zal daarmee in de regel vaststaan dat sprake is van onrechtmatig handelen.²⁰⁷ Het bewijs dat er een functionele relatie is met het werk kan meer problemen opleveren. Zelfs indien de werknemer er in slaagt om aan te tonen dat hij op het werk onder werktijd is geïntimideerd of gepest, staat nog niet vast dat de opdracht tot het verrichten van de werkzaamheden de kans op de seksuele intimidatie of het pesten heeft vergroot. Het is niet ondenkbaar dat een rechter zal oordelen dat een werknemer zich weliswaar schuldig heeft gemaakt aan pesten of seksuele intimidatie, maar dat dit losstond van zijn taakvervulling.²⁰⁸

206 HR 9 november 2001, *JAR* 2001, 256; *NJ* 2002, 79 m.nt. PAS (Van Doesburg/Tan of 'openstaande lade').

207 Bij incidenteel pesten hoeft dit niet het geval te zijn.

208 Zie bijvoorbeeld Rb. Breda 5 maart 2002, *JAR* 2002, 223. Zie uitgebreider § 14.3.6, § 14.7.3 en § 15.7.4.

Pesten en seksuele intimidatie zijn in deze zin vergelijkbaar met een misdrijf. Ook daarbij zal functioneel verband tussen werk en misdrijf met enige regelmaat ontbreken, omdat een misdrijf veelal niet voort zal vloeien uit de aard van de werkzaamheden, maar eerder uit de aard van de werknemer die het misdrijf pleegt. Dit kan anders zijn indien bijzondere omstandigheden op het werk de aanleiding vormen voor het plegen van het misdrijf. Zo kunnen pesten en seksuele intimidatie in sommige gevallen zodanig verweven zijn met de aard van de werkzaamheden dat wel functioneel verband moet worden aangenomen. Dit kan ook het geval zijn indien bepaalde specifieke werkzaamheden de aanleiding hebben gevormd voor de intimidatie of het pesten.²⁰⁹ In de hoofdstukken 14 en 15 zal hierop nader worden ingegaan.

3.11 Vergoeding van psychisch letsel op grond van artikel 6:162 BW

Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch of lichamelijk letsel van een werknemer kan, behalve op artikel 7:658 BW, artikel 7:611 BW of artikel 6:170 BW, in sommige gevallen ook gebaseerd worden op artikel 6:162 BW, het algemene onrechtmatige daadsartikel. Dit artikel komt echter niet vaak in beeld als grondslag voor werkgeversaansprakelijkheid. Reden daarvoor is dat het arbeidsrecht hiervoor zelf reeds specifieke regelingen kent, waaraan artikel 6:162 BW weinig kan toevoegen. Anders dan artikel 6:170 BW,²¹⁰ biedt artikel 6:162 BW namelijk geen specifieke regeling die het arbeidsrecht niet zelf reeds kent. Artikel 6:162 behelst de algemene zorgvuldigheidsnorm, inhoudende dat een ieder dient te handelen conform hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Een dergelijke norm wordt, waar het gaat om het handelen van de werkgever, in het arbeidsrecht reeds meer specifiek belichaamd door het goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW.²¹¹ Waar het gaat om veiligheidsverplichtingen ten aanzien van het voorkómen van letsel komt bovendien artikel 7:658 BW in beeld.

Artikel 6:162 BW wordt in arbeidsrechtelijke kwesties wel gebruikt als grondslag voor vorderingen tot schadevergoeding, ingesteld door de ene werknemer tegen

209 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 7 december 2000, nr. 00-452, niet gepubliceerd, waarin functioneel verband werd aangenomen tussen de werkzaamheden van een psychiater en het door hem gepleegde seksueel misbruik van een cliënte.

210 Zie hiervoor § 3.10.

211 Waar het gaat om de werknemer wordt deze norm belichaamd door het goed werknemerschap van art. 7:611 BW. Op art. 6:162 BW wordt soms nog een beroep gedaan ter verkrijging van schadevergoeding vanwege een ontslag in een geval waarin geen beroep op een ander artikel, in het bijzonder art. 7:685 BW of art. 7:681 BW, meer mogelijk is. Zie bijvoorbeeld HR 3 december 1999, NJ 2000, 235 m.nt. PAS en JAR 2000, 18 (Pratt & Whitney). Meestal zal ook in een dergelijk geval een beroep op art. 7:611 BW echter voor de hand liggen, zeker als het erom gaat om vergoeding van psychisch letsel te verkrijgen.

HOOFDSTUK 3

de andere. Het gaat dan bijvoorbeeld om seksuele intimidatie gepleegd door een collega of leidinggevende.²¹² De artikelen 7:658 BW en 7:611 BW kunnen niet de basis vormen voor een dergelijke vordering, omdat zij alleen betrekking hebben op de aansprakelijkheid van de werkgever jegens de werknemer en niet op de aansprakelijkheid voor werknemers jegens elkaar. Omdat in dit boek de vergoeding van psychisch letsel van een werknemer door de werkgever centraal staat, zal de aansprakelijkheid van de ene werknemer jegens de ander in het vervolg echter buiten beschouwing blijven.

Op artikel 6:162 BW wordt verder wel een beroep gedaan in gevallen waarin sprake is van een sterk op een arbeidsovereenkomst gelijkende verhouding, waarop echter, omdat niet daadwerkelijk sprake is van een arbeidsovereenkomst, titel 10 van boek 7 BW niet van toepassing is. Een voorbeeld hiervan uit het recente verleden is het gebruik van artikel 6:162 BW als grondslag voor aansprakelijkheid van de werkgever wegens het niet nakomen van zijn zorgplicht voor veilige en gezonde arbeidsomstandigheden jegens stagiaires, freelancers, uitzendkrachten e.d.²¹³ Deze groep valt thans op grond van artikel 7:658 lid 4 BW binnen het bereik van artikel 7:658 BW.

In de derde plaats wordt artikel 6:162 BW soms gebruikt in gevallen waarin ook een beroep gedaan had kunnen worden op een arbeidsrechtelijke grondslag, maar toepassing van artikel 6:162 BW meer voor de hand lag. Een voorbeeld hiervan is het arrest van de Hoge Raad waarin hij oordeelde dat een werkgever uit hoofde van artikel 6:162 BW aansprakelijk was voor de gevolgen van de geestelijke en lichamelijke mishandeling van zijn boerenknecht.²¹⁴ Een vordering op grond van artikel 6:162 BW lag hier voor de hand omdat de werkgever persoonlijk zijn knecht mishandeld had en er niet zozeer sprake was van het niet nemen door de werkgever van veiligheidsmaatregelen.

Artikel 6:162 BW kent als zodanig geen bijzondere verdeling van stelplicht en bewijslast en evenmin een beperking van eigen schuld van de werknemer tot opzet of bewuste roekeloosheid. De wijze waarop de bewijslast moet worden verdeeld en waarop moet worden omgegaan met eigen schuld hangt af van het soort verplichting dat is geschonden. Is dit een veiligheids- of verkeersverplichting, dan kan, als artikel 6:162 BW de grondslag is voor aansprakelijkheid, er grond zijn voor een verdeling van de bewijslast en voor een beperking van de invloed

212 Zoals in Hof 's-Gravenhage 21 december 1999, *NJ* 2000, 468.

213 Vgl. HR 15 juni 1990, *NJ* 1990, 716 (Stormer/Vedox). In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat, indien in een dergelijke situatie, die sterk lijkt op een situatie waarin sprake is van een reguliere arbeidsovereenkomst, aansprakelijkheid wordt gebaseerd op art. 6:162 BW, dezelfde regels inzake de verdeling van stelplicht en bewijslast dienen te worden toegepast als in het kader van art. 7:658 BW. Zie ook Hof Arnhem 7 mei 1996, *JAR* 1996, 127.

214 HR 5 oktober 2001, zaaknr. C99/362, *LJN* ZC3661 (de Schrik van Someren).

van eigen schuld van de werknemer op dezelfde wijze als bij artikel 7:658 BW.²¹⁵ Is de geschonden verplichting een gewone zorgvuldigheidsverplichting, dan kan dit anders liggen. De aard van de geschonden verplichting is ook, samen met de aard van de schade, bepalend voor de vraag in hoeverre schade die in een verder verwijderd verband staat tot de tekortkoming moet worden toegerekend als bedoeld in artikel 6:98 BW. De lezer wordt op dit punt verwezen naar hetgeen over de verschillende vereisten voor aansprakelijkheid en de invulling daarvan bij psychisch letsel is opgemerkt in § 3.5 tot en met § 3.9 van dit hoofdstuk.

3.12 Verhouding aansprakelijkheidsrecht en ontslagrecht

3.12.1 *De Baijings-leer in het algemeen*

Aan het begin van dit hoofdstuk is aangegeven dat nog apart aandacht zal worden besteed aan de verhouding tussen het aansprakelijkheidsrecht en het ontslagrecht waar het gaat om de vergoeding van psychisch letsel. Dit is noodzakelijk omdat de Hoge Raad de mogelijkheden voor het kunnen vorderen van schadevergoeding door een werknemer heeft beperkt in gevallen waarin reeds in een ontslagprocedure een beoordeling heeft plaatsgevonden van de vraag of aan de werknemer een (ontslag)vergoeding moet worden toegekend. In het bijzonder geldt deze beperking in de relatie tot de procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:685 BW. De beperking geldt ook indien de ontslagvergoeding werd gevraagd en eventueel verkregen met het oog op werkgerelateerd psychisch letsel van een werknemer.

De rechtspraak van de Hoge Raad houdt in dat, indien in een ontbindingsprocedure is getoetst of een vergoeding moet worden toegekend, er in beginsel geen ruimte meer is voor het afzonderlijk daarna of daarnaast toekennen van schadevergoeding op dezelfde grondslag, zijnde artikel 7:611 BW of de redelijkheid en billijkheid in het algemeen (artikel 6:248 BW). Dit uitgangspunt wordt wel aangeduid als de 'Baijings-leer', naar het arrest waarin deze leer voor het eerst is ontwikkeld.²¹⁶ De Hoge Raad hanteert in dit opzicht stevast de volgende formulering:²¹⁷

215 Zie HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716 (Stormer/Vedox) en hetgeen is opgemerkt in noot 207.

216 HR 24 oktober 1997, JAR 1997, 248; NJ 1998, 257 m.nt. PAS (Baijings/mr. H.). Zie verder HR 5 maart 1999, JAR 1999, 73; NJ 1999, 644 m.nt. PAS (Tulkens/FNV); HR 2 november 2001, JAR 2001, 255; NJ 2001, 667 (Elverding/Wientjes); HR 10 januari 2003, JAR 2003, 39 NJ 2003, 231 (Van Ravenswade/ING Bank); HR 7 november 2003, JAR 2003, 295; NJ 2004, 174 m.nt. GHvV (Visser/Van Lee); HR 2 april 2004, JAR 2004, 112 (DCW/Blakborn); HR 2 april 2004, JAR 2004, 114 (Tjemkes/ABN AMRO); HR 10 december 2004, JAR 2005, 12 (Vermeulen/Douwe Egberts).

217 Met soms een heel geringe variatie op het thema, afhankelijk van de concrete zaak.

HOOFDSTUK 3

“De bijzondere aard van de wettelijke regeling betreffende de arbeidsovereenkomst brengt mee dat in de regeling betreffende de ontbinding, zoals neergelegd in art. 7:685 BW, het resultaat van de rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid (of aan hetgeen een goed werkgever behoort te doen en na te laten) in beginsel ten volle, onder meeweging van alle voor zijn oordeel relevante factoren, tot uitdrukking behoort te komen in de hoogte van de vergoeding die de rechter op de voet van art. 7:685 BW met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid aan één der partijen ten laste van de wederpartij toekent, zodat daarnaast voor zodanige toetsing geen plaats is.”

In beginsel moeten dus, als er een ontbindingsprocedure speelt, alle vorderingen die met die ontbinding samenhangen daarin worden ingebracht en is er geen ruimte voor het instellen van vorderingen tot vergoeding van restschade op grond van artikel 7:611 BW/artikel 6:248 BW.²¹⁸ Achtergrond van deze rechtspraak is dat de Hoge Raad wil voorkomen dat er door middel van een bodemprocedure op grond van artikel 7:611 BW verkapt hoger beroep wordt ingesteld tegen een ontbindingsbeschikking en dat aldus het appèlverbod van artikel 7:685 lid 11 BW wordt omzeild. Verder is de Hoge Raad kennelijk van mening dat de toetsing die in een ontbindingsprocedure plaatsvindt, dat wil zeggen de toetsing of een ontslag redelijk is, dermate veel overeenkomsten vertoont met de toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid (6:248 BW) of het goed werkgeverschap als bedoeld in artikel 7:611 BW, dat er onvoldoende reden is om nog een procedure op grond van deze artikelen mogelijk te achten als reeds een ontbindingsprocedure is gevoerd.²¹⁹

218 Onduidelijk is vooralsnog in hoeverre een werknemer ervoor kan kiezen om een aanspraak die thuis hoort in de ontbindingsprocedure, dus een aanspraak gegrond op de redelijkheid en billijkheid, buiten de ontbindingsprocedure te houden en in een aparte procedure aanhangig te maken. Door de rechtbank Amsterdam is geoordeeld dat het aan de rechter is en niet aan partijen om bepaalde billijkheidsaanspraken buiten beschouwing te laten (Rb. Amsterdam 15 december 1999, *JAR* 2000, 9). De Hoge Raad heeft zich hier niet expliciet over uitgesproken. Wel kunnen in elk geval – zie ook hierna – contractuele aanspraken buiten de ontbindingsprocedure worden gehouden. Het ligt voor de hand om dat in elk geval te doen bij ingewikkelde contractuele aanspraken. Zie ook G.J.J. Heerma van Voss in zijn noot bij HR 7 november 2003, *NJ* 2004, 174 m.nt. GHvV (Visser/Van Lee).

219 Over de achtergrond van de Baijings-leer en de precieze invulling ervan is en wordt nog steeds veel geschreven. Een greep uit de literatuur: D.J. Buijs, “Ontbinding arbeidsovereenkomst: toch niet het laatste woord”, *Sociaal Recht* 2004, p. 21-24; A.G. Castermans, “De bijzondere arbeidsovereenkomst”, in *De landsadvocaat, voor deze, opstellen voor J.L. de Wijkerslooth*, Den Haag 1999, p. 43-52; J.J.M. de Laat, “Geen plaats voor red. en bill.”, *ArbeidsRecht* 1999, p. 36-40; J.J.M. de Laat, “De nog verdere verfijning van de Baijingsleer (op weg naar een moeras van scholastieke onderscheidingen en subtiliteiten?)”, *Sociaal* →

De Hoge Raad heeft op deze rechtspraak wel enkele beperkingen aangebracht. In de eerste plaats kan een vordering tot schadevergoeding na(ast) een ontbindingsprocedure nog wel ingesteld worden als deze betrekking heeft op:

“aanspraken van de werknemer die zijn ontstaan tijdens de dienstbetrekking en betrekking hebben op de periode voor de beëindiging van de dienstbetrekking en die geen verband houden met de (wijze van) beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de gevolgen van de beëindiging.”²²⁰

Onder dergelijke aanspraken vallen in elk geval, zo blijkt uit de jurisprudentie, een aanspraak van een werknemer op een vergoeding op grond van de Rijksoc-trooiwet, een aanspraak op loon in verband met het niet tewerkstellen door een werkgever van een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer en een vordering tot vergoeding van de schade wegens inkomstenderving (loon en aanvulling op een uitkering) vanwege aan de werkgever te wijten arbeidsongeschiktheid.²²¹ Daarnaast staat het feit dat een ontbindingsprocedure is gevoerd niet in de weg aan het vorderen van nakoming van een contractuele afvloeiingsregeling²²² of van een CAO-verplichting tot betaling van wachtgeld²²³ en evenmin aan het voeren van een procedure over de uitleg van een tussen partijen gesloten beëindi-gingsovereenkomst.²²⁴ Wel zal in geval een werknemer na(ast) een ontbindings-procedure een vordering instelt in een andere procedure en de feiten die aan die vordering ten grondslag worden gelegd ook reeds in de ontbindingsprocedure in aanmerking zijn genomen, bij de vaststelling van een eventuele schadevergoe-ding rekening gehouden moeten worden met de ontbindingsvergoeding. De vraag wat dit ‘rekening houden met’ in de praktijk precies betekent – meer concreet: in welke mate de ontbindingsvergoeding op de schadevergoeding in mindering moet worden gebracht – heeft de Hoge Raad nog niet beantwoord.

Recht 2002, p. 163-167; J.J.M. de Laat, “Baijings VI: de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en de daarna(ast) ingestelde vordering”, *Sociaal Recht* 2003, p. 88-90; C.J. Loonstra, “De Hoge Raad en de problematiek van de samenloop in het licht van art. 7:611 BW (het goed werkgeverschap)”, *ArA* 2002, p. 4-31; J.M. van Slooten, “Samenloop van (schade)vergoeding bij arbeidsongeschiktheid”, *Sociaal Recht* 2001, p. 41-49; M.S.A. Vegter, “Ontbin-dingsvergoeding bij langdurige arbeidsongeschiktheid”, *Sociaal Recht* 2002, p. 249-253; Een helder overzicht is te vinden in het artikel van K.W.M. Bode-wes, “De Baijings-evolutie”, *ArbeidsRecht* 2004, p. 14-20.

220 HR 1 maart 2002, *JAR* 2002, 66; *NJ* 2003, 210 m.nt. GHvV (TNO/Ter Meulen); HR 1 maart 2002, *JAR* 2002, 67; *NJ* 2003, 211 m.nt. GHvV (Guérand/PTT Post); HR 7 november 2003, *JAR* 2003, 295; *NJ* 2004, 174 m.nt. GHvV (Vis-ser/Van Lee).

221 Zie in dezelfde volgorde de in de vorige noot genoemde arresten.

222 HR 2 april 2004, *JAR* 2004, 112 (DCW/Blakborn).

223 HR 25 juni 2004, *JAR* 2004, 169 (De Zonnehof/Swart).

224 HR 10 december 2004, *JAR* 2005, 12 (Vermeulen/Douwwe Egberts).

HOOFDSTUK 3

Naar mijn mening zou het niet redelijk zijn als dat gedeelte van de ontslagvergoeding, waarvan gezegd kan worden dat het is toegekend ter vergoeding van het leed dat is ontstaan door het verlies van de dienstbetrekking als zodanig (in de rechtspraak ook wel aangeduid als een 'pleister op de wonde'²²⁵) én een eventuele verhoging van de vergoeding indien het ontslag op onzorgvuldige, aan de werkgever verwijtbare wijze heeft plaatsgevonden, met de schadevergoeding zou worden verrekend. Voor zover de ontslagvergoeding bedoeld is ter vergoeding van de inkomensschade die het gevolg is van het ontslag lijkt me verrekening wel op zijn plaats.²²⁶ Uiteraard zal het bepalen welk gedeelte van de ontslagvergoeding waaraan moet worden toegerekend in de praktijk (enigszins) neerkomen op natte vingerwerk, maar als uitgangspunt lijkt de hier beschreven verdelingsmaatstaf me niettemin bruikbaar.²²⁷

3.12.2 *De Baijings-leer en psychisch letsel*

Voor de mogelijkheden tot het verkrijgen van schadevergoeding voor psychisch letsel wegens aansprakelijkheid van de werkgever in een geval waarin reeds een ontbindingsprocedure heeft plaatsgevonden,²²⁸ betekent het voorgaande dat moet worden nagegaan of het psychisch letsel samenhangt met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst of dat gezegd kan worden dat de vordering tot vergoeding daarvan is ontstaan tijdens de dienstbetrekking en geen verband houdt met de beëindiging ervan. In het tweede geval is er namelijk ruimte voor het vorderen van schadevergoeding wegens aansprakelijkheid van de werkgever. In het eerste geval lijkt die ruimte er in elk geval niet te zijn voor zover de vordering tot schadevergoeding gebaseerd wordt op artikel 7:611 BW omdat het dan gaat om een vordering uit goed werkgeverschap tot verkrijging van vergoeding voor schade die tevens in de ontbindingsprocedure is geclaimd of geclaimd had moeten worden. Mogelijk is die ruimte er wel indien de vordering gebaseerd zou worden op artikel 7:658 BW, nu in het kader van dit artikel niet aan de redelijk-

225 Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 9 oktober 2003, *JAR* 2003, 282.

226 Zie uitgebreid over het karakter van de ontslagvergoeding: § 6.2.2 en § 6.3.2.

227 Opmerking verdient dat een ontslagvergoeding vrijwel steeds bruto is, terwijl een schadevergoeding in geval van een werknemer in loondienst in de regel netto is. Verrekening moet naar mijn mening op netto-netto basis plaatsvinden, dus zodanig dat het netto bedrag van de ontslagvergoeding, althans dat gedeelte ervan dat voor verrekening in aanmerking komt, op de schadevergoeding in mindering wordt gebracht en niet het bruto bedrag. Nadere aandacht voor dit punt is wenselijk.

228 Niet bepalend is of een ontbindingsvergoeding is toegekend. Ook indien wel een ontbindingsprocedure heeft plaatsgevonden, maar daarin geen vergoeding is toegekend, is er in beginsel geen ruimte meer voor een vordering tot schadevergoeding op grond van art. 7:611 BW. Zie HR 2 november 2001, *JAR* 2001, 255; *NJ* 2001, 667 (Elverding/Wientjes).

heid en billijkheid wordt getoetst, zoals bij artikel 7:611 BW, maar aan de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid en gezondheid van de werknemer. Dat zou dan betekenen dat voor psychisch letsel dat het gevolg is van een ontslag of de wijze waarop dit is gegeven, geen schadevergoeding zou kunnen worden gevorderd op grond van artikel 7:611 BW, maar wel op grond van artikel 7:658 BW, vanwege de andere strekking van dit artikel in vergelijking tot artikel 7:611 BW. Dit lijkt me echter niet erg voor de hand te liggen om de navolgende reden.

Het verschil in karakter tussen een vordering ex artikel 7:658 BW ter vergoeding van psychisch letsel en een vordering ex artikel 7:611 BW is niet groot en heeft, zoals betoogd in § 3.3.5 en § 3.4, vooral te maken met de scherpste van de norm en het voorzienbaar zijn van letsel bij schending van die norm. In de praktijk zal de grens tussen het bereik van beide artikelen vloeiend zijn. Aan het terechtkomen van een vordering aan de ene of de andere kant van die vloeiende grens kan dan niet de conclusie verbonden worden dat in het ene geval (artikel 7:658 BW van toepassing) wel nog schadevergoeding kan worden gevorderd wegens psychisch letsel door een ontslag nadat eerder al een ontbindingsprocedure heeft plaatsgevonden, en in het andere geval (artikel 7:611 BW van toepassing) niet. Die conclusie zou te ingrijpend zijn, gelet op de wankel basis waarop zij zou berusten. Daarom moet naar mijn mening worden aangenomen dat het, met het oog op de Baijings-leer, geen verschil maakt of een vordering tot vergoeding van psychisch letsel is gebaseerd op artikel 7:658 BW of op artikel 7:611 BW. Bepalend moet alleen zijn of een dergelijke vordering betrekking heeft op schade door een ontslag of op daarvan te onderscheiden gebeurtenissen die tijdens de looptijd van een dienstverband hebben plaatsgevonden.

Het zal ondertussen niet steeds eenvoudig zijn om bij psychische ziekten een dergelijk onderscheid te maken. De situatie kan zich voordoen dat niet goed vastgesteld kan worden of een psychische ziekte nu het gevolg is van ontslag of van gebeurtenissen tijdens de looptijd van een dienstverband. Ook kan het gebeuren dat een psychische ziekte zowel het gevolg is van bepaalde gebeurtenissen tijdens het dienstverband (bijvoorbeeld overbelasting, pesten etc.) als van een ontslag. In theorie zou dan voor een gedeelte van het letsel de Baijings-restrictie gelden en voor een gedeelte niet. Dat lijkt echter niet goed werkbaar. De kans bestaat daarom dat een rechter in een dergelijk geval de gehele vordering zal afwijzen als zijnde reeds beoordeeld in de ontbindingsprocedure.²²⁹ Dit is echter niet redelijk

229 Zie voor een uitspraak waarin een dergelijke problematiek speelde: Ktr. Rotterdam 8 april 2003, *JAR* 2004, 240. Een op art. 7:658 BW gebaseerde claim tot vergoeding van onder meer psychisch letsel werd daarin afgewezen onder meer omdat dit artikel niet van toepassing werd geacht. Een op art. 7:611 BW gebaseerde claim werd afgewezen omdat deze al was beoordeeld in een eerdere ontbindingsprocedure. Overigens gaf de rechter wel aan dat zijns inziens niet aannemelijk was gemaakt dat de werknemster ziek was geworden door het werk noch dat de werkgever was tekortgeschoten in zijn zorgplicht. Zie verder § 13.3.1.

HOOFDSTUK 3

in die gevallen waarin ook niet met ontslag samenhangende gebeurtenissen de psychische ziekte hebben veroorzaakt. De consequentie is dan namelijk dat een werknemer, bij wie een ontslag of de wijze waarop dit is gegeven heeft bijgedragen aan het ontstaan van psychische ziekte, zich in een slechtere positie bevindt dan de werknemer bij wie de oorzaken van zijn ziekte geheel losstaan van het ontslag. Deze laatste kan namelijk volledige schadevergoeding vorderen en wordt niet gehinderd door de Baijings-leer. Ditzelfde geldt overigens ook indien de psychische klachten van een werknemer geheel en al het gevolg zijn van (de wijze van) een ontslag en niets te maken hebben met eerdere gebeurtenissen. Ook in dat geval geldt, als er een ontbindingsprocedure speelt, de Baijings-leer.²³⁰ De betreffende werknemer kan dan hooguit aanspraak maken op een ontbindingsvergoeding, dit terwijl een werknemer die ziek is geworden tijdens de looptijd van het dienstverband, recht kan doen gelden op volledige schadevergoeding als bedoeld in titel 10 van boek 6 BW.²³¹ De tweede werknemer kan bovendien in hoger beroep en cassatie tegen een beslissing van de rechter en heeft de mogelijkheid om getuigen te laten horen en deskundigen in te schakelen, terwijl de eerste werknemer het moet doen met de naar zijn aard eenvoudige ontbindingsprocedure waarin deze voorzieningen ontbreken.²³²

Er zijn verschillende oplossingen denkbaar voor deze problematiek, maar elk daarvan heeft bepaalde nadelen. Bovendien spelen hierbij vele aspecten mee. De mate waarin psychisch letsel aanspraak geeft op een vergoeding is daarvan slechts één en ook niet de belangrijkste.²³³ Niettemin zal ik hier kort drie mogelijke oplossingen schetsen.

Een eerste mogelijkheid is om het vorderen van een vergoeding voor psychisch letsel dat het gevolg is van een ontslag onverkort mogelijk te maken, ook in een geval waarin eerder een ontbindingsprocedure heeft gespeeld. Voordeel daarvan voor werknemers met psychisch letsel door een ontslag zou zijn dat hun reële schade vergoed zou kunnen worden en dat zij hun vordering zouden kunnen laten beoordelen in een met voldoende waarborgen omklede procedure. Bovendien zouden er dan geen arbitraire verschillen meer zijn tussen werknemers die aanspraak kunnen maken op volledige schadevergoeding en werknemers die dat niet kunnen. Een dergelijke benadering is echter alleen mogelijk als de Hoge

230 Uiteraard is het mogelijk dat een werknemer een vordering tot schadevergoeding niet inbrengt in een ontbindingsprocedure. Hij zal deze ruimte echter niet steeds hebben als de werkgever ontbinding vraagt. Zie daarover ook § 6.2.5. Daarnaast kan een ontbindingsrechter een bepaalde aanspraak buiten beschouwing laten als hij van mening is dat de ontbindingsprocedure niet het geschikte kader is voor beoordeling ervan.

231 In Engeland waar een vergelijkbare problematiek speelt, heeft deze situatie zich al voorgedaan. Zie § 7.6.1.

232 Zie verder § 6.2.1.

233 Zie de literatuur genoemd in noot 213.

Raad zou terugkomen op de Baijings-leer, omdat deze nu aan een vordering tot vergoeding van psychisch letsel door ontslag in de weg staat in het geval dat deze materie al in een ontbindingsprocedure aan de orde is geweest. Nadeel van het toelaten van een dergelijke vordering zou zijn dat het mogelijk zou worden (of blijven) om twee keer een vergoeding – een ontslagvergoeding en een schadevergoeding – te vorderen met betrekking tot dezelfde feiten. Vooral werknemers die van mening zijn dat hun vordering onvoldoende grondig of onjuist is beoordeeld in de ontbindingsprocedure, zouden geneigd kunnen zijn om hun schade alsnog via het aansprakelijkheidsrecht te verhalen. Dat zou uiteraard leiden tot een toenemend beroep op het aansprakelijkheidsrecht.²³⁴

Een tweede mogelijke oplossing is om de ontbindingsprocedure af te schaffen, althans te reserveren voor de gevallen waarin een opzegverbod geldt, zoals is bepleit door de Adviescommissie Duaal Ontslagrecht (Commissie ADO) in 2000.²³⁵ Vorderingen tot toekenning van een ontslagvergoeding zouden dan beoordeeld moeten worden in een procedure inzake kennelijk onredelijk ontslag op grond van artikel 7:681 BW. Daarbij is getuigenverhoor en deskundigenonderzoek mogelijk, terwijl tegen een vonnis in deze procedure hoger beroep en cassatie kan worden ingesteld. Werknemers zouden daardoor wellicht, als de uitspraak in de ontslagprocedure anders uitvalt dan gewenst, minder geneigd zijn

234 Het appèlverbod van art. 7:685 lid 11 BW zal dan ook een deel van zijn betekenis verliezen. Zoals ik hierna nog zal uitwerken, lijkt me dat geen probleem, nu mijns inziens hoger beroep hoe dan ook mogelijk zou moeten zijn. Bijkomend voordeel daarvan zou zijn dat een eventueel toenemend beroep op het aansprakelijkheidsrecht zou kunnen worden tegengegaan, omdat werknemers dan tegen een hun onwelgevallige ontbindingsbeschikking hoger beroep kunnen instellen. Overigens is opvallend dat er in de jaren tot aan het Baijings-arrest geen groot probleem lijkt te zijn geweest met het aantal werknemers dat zich op het aansprakelijkheidsrecht beriep en zo het appèlverbod van art. 7:685 BW omzeilde. Het is dan ook de vraag of de Hoge Raad met het arrest Baijings wel een probleem heeft opgelost of dat hij juist problemen in het leven heeft geroepen.

235 Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag november 2000, p. 93-95 en p. 135 (samenvatting). Zoals bekend heeft de Stichting van de Arbeid geadviseerd om het advies van de Commissie ADO niet over te nemen. Zie Stichting van de Arbeid, 15 juli 2003, Publ. No. 7/03, Den Haag 2003, ook te vinden via http://www.stvda.nl/publicaties/default.asp?desc=publicaties_adviezen_2003_07&widit, 23 augustus 2004. De regering heeft nog (steeds) geen standpunt ingenomen ten aanzien van het advies van de Commissie ADO. In de begrotingsstaat van 1 juli 2004 van het Ministerie van Economische Zaken voor het jaar 2004 wordt in dit opzicht opgemerkt dat het kabinet in het najaar van 2004 een reactie op het advies van de Commissie ADO en dat van de Stichting van de Arbeid naar de Tweede Kamer zal sturen: TK 2003-2004, 29200 XIII, nr. 51, p. 25.

HOOFDSTUK 3

om te trachten hun schade alsnog via het aansprakelijkheidsrecht te verhalen, omdat in elk geval, anders dan in de ontbindingsprocedure, een grondige beoordeling van hun vordering heeft plaatsgevonden. Voor zover zij toch op basis van artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW schadevergoeding zouden willen vorderen in verband met psychische ziekte door een ontslag, zou het mogelijk zijn om die vordering, tezamen met een vordering op grond van artikel 7:681 BW, in te stellen in één dagvaardingsprocedure,²³⁶ zodat een integrale beoordeling van alle vorderingen zou kunnen plaatsvinden, waarbij de ontslagvergoeding, zo nodig, geheel of gedeeltelijk met de schadevergoeding verrekend zou kunnen worden. De kans op dubbele procedures zou daardoor teruglopen.

Alle samenloop zou, tenslotte, kunnen worden vermeden door in een ontslagprocedure, of dit nu een ontbindingsprocedure of een procedure inzake kennelijk onredelijk ontslag zou zijn, uit te gaan van de werkelijk geleden schade in plaats van deze op een forfaitair bedrag vast te stellen zoals nu in ontslagprocedures gebeurt. Zowel de schade als gevolg van het ontslag als zodanig als de eventuele letselschade zou dan zo volledig mogelijk begroot moeten worden. Verschillen met werknemers die vergoeding van schade ontstaan tijdens de looptijd van het dienstverband vorderen, zouden daarmee verdwijnen. Het probleem met deze benadering is echter dat het twijfelachtig is of de praktijk ermee uit de voeten zou kunnen. Gelet op het grote aantal ontbindingsprocedures dat jaarlijks wordt gevoerd, lijkt het werkelijk berekenen van schade in al deze procedures niet praktisch.²³⁷ Hoe dan ook zou de afwikkeling van een ontslag meer tijd gaan vergen dan thans het geval is. Bovendien zou ook dan gelden dat schade als gevolg van een ontslag vaak moeilijk is in te schatten, zodat schadeberekening lastig zou blijven.²³⁸ Verder zou er nog steeds geen sprake zijn van een daadwerkelijke schadevergoeding, alleen al niet omdat de functie van een ontslagvergoeding, zoals ik nader zal uitwerken in hoofdstuk 6, niet alleen het bieden van compensatie voor schade is, maar ook het karakter heeft van een pleister op de wonde voor het ontslag als zodanig. Bovendien zijn alle omstandigheden van het geval bepalend voor toekenning ervan en niet alleen de eventuele aansprakelijkheid voor schade. Een perfecte oplossing voor de problematiek van samenloop is, gelet op het voorgaande, moeilijk te vinden. Ook indien er voldoende politieke wil zou zijn voor

236 Bij een ontbindingsprocedure is een dergelijke combinatie niet mogelijk omdat dit, anders dan een procedure op grond van art. 7:658 BW of art. 7:611 BW, geen dagvaardingsprocedure is, maar een verzoekschriftprocedure.

237 Hoewel kantonrechter D.J. Buijs uit Apeldoorn geen onoverkomelijke problemen ziet op dit punt. Vgl. D.J. Buijs, "Ontslagvergoedingen: de stand van zaken", *Sociaal Recht* 2003, p. 264.

238 Om deze reden introduceerde de Hoge Raad in het arrest Deuss de mogelijkheid van het toekennen van schadevergoeding naar billijkheid in een situatie waarin de werknemster door het gedrag van de werkgever gedwongen was ontslag te nemen en daardoor schade leed. HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 451 m.nt. P.A.S.

hervorming van het ontslagrecht,²³⁹ zullen verschillen tussen ontslagprocedures en aansprakelijkheidsprocedures tot op zekere hoogte blijven bestaan, omdat de aard van de toetsing en de aard van de vergoeding verschilt.²⁴⁰ Verbetering ten opzichte van de huidige situatie is echter wel mogelijk. Thans hebben werknemers die schade lijden door een ontslag – waaronder schade die het gevolg is van een psychische ziekte die is ontstaan door het ontslag of de wijze waarop dit is gegeven – geen garantie dat hun vordering in een met voldoende waarborgen omklede procedure zal worden behandeld, en kan er bovendien rechtsongelijkheid ontstaan tussen werknemers die schade lijden door een ontslag en werknemers die schade lijden door gebeurtenissen tijdens een dienstverband. Dit kan worden voorkomen door afschaffing van de ontbindingsprocedure en vervanging door de procedure van artikel 7:681 BW, waarbij de hoogte van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding en een eventuele schadevergoeding dan op elkaar afgestemd zouden moeten worden. Zolang die optie niet realiseerbaar is, lijkt de op één-na-beste benadering om bij het vaststellen van de hoogte van de ontbindingsvergoeding zoveel mogelijk rekening te houden met de werkelijk geleden schade,²⁴¹ terwijl – het zij herhaald – de ontbindingsprocedure in dat geval tevens omkleed zou moeten worden met vergelijkbare waarborgen als een gewone bodemprocedure. Dat betekent dat hoger beroep mogelijk zou moeten zijn – in elk geval met betrekking tot de vraag of een vergoeding toewijsbaar is en, zo ja, ter hoogte van welk bedrag²⁴² – en dat het gewone bewijsrecht onverkort van toepassing zou moeten zijn.²⁴³ Omdat ook hiervoor een wetswijziging nodig is, dient mijns inziens, in afwachting hiervan, vooralsnog de Baijings-leer zo beperkt mogelijk te worden uitgelegd teneinde te vermijden dat reële aanspraken op

239 Of deze er is, is twijfelachtig. De regering heeft bijvoorbeeld nog steeds niet inhoudelijk gereageerd op het advies van de Commissie ADO van november 2000. Kritisch zijn ook de bijdragen aan het Arbeidsrechtcongres van 14 en 15 november 2003, gebundeld in *Ontslagrecht in beweging*, E. Verhulp, C.L. Loonstra, L.G. Verburg, C.G. Scholtens, G.J.J. Heerma van Voss, Den Haag 2004, met name die van Verhulp. Zie verder ook P.F. van der Heijden, “Een nieuw en beter ontslagrecht”, *SMA* 2001, p. 87-92.

240 Vgl. Vegter, *ArA* 2003, p. 69-72.

241 In dit licht bezien is serieuze kritiek mogelijk op de steeds maar weer opduikende voornemens van regeringszijde tot verlaging van de ontslagvergoedingen of verrekening ervan met de WW-uitkering.

242 Denkbaar is een vorm van partieel hoger beroep, waarbij geen hoger beroep mogelijk is tegen de beslissing van de kantonrechter tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, maar wel tegen het al dan niet toekennen van een bepaalde vergoeding. Dit heeft het voordeel dat in elk geval op korte termijn duidelijkheid wordt verkregen over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Zie hierover onder meer D.J. Buijs, “Het spook van partieel hoger beroep tegen ontbindingsbeschikkingen”, *Sociaal Recht* 1996, p. 155-156.

243 Zie ook Vegter, *ArA* 2003, p. 71-72 en Vegter, *Sociaal Recht* 2002, p. 252.

HOOFDSTUK 3

(schade)vergoeding onvervuld blijven omdat in een ontbindingsprocedure daarvoor geen vergoeding is toegekend en mogelijkheden tot correctie van de ontbindingsbeschikking ontbreken.²⁴⁴ Met betrekking tot psychische ziekten betekent dit dat niet te snel moet worden aangenomen dat deze samenhangen met de beëindiging van de dienstbetrekking en dat daarom geen schadevergoeding meer kan worden gevorderd op basis van het aansprakelijkheidsrecht.

3.12.3 *Andere vormen van samenloop*

Samenloop tussen ontbindingsprocedures en aansprakelijkheidsprocedures kan zich niet alleen voordoen waar het gaat om vorderingen op grond van artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW na of naast een ontbindingsprocedure, maar ook met betrekking tot vorderingen op grond van artikel 6:170 BW of artikel 6:162 BW. Vorderingen op grond van artikel 6:170 BW zullen echter in de regel geen betrekking hebben op de beëindiging van een arbeidsovereenkomst, nu het daarbij gaat om schade als gevolg van onrechtmatig handelen van een andere werknemer. Alleen al omdat beslissingen rondom de beëindiging van een arbeidsovereenkomst door de werkgever worden genomen en niet door mede-werknemers, zal dit artikel niet snel van toepassing zijn bij schade ontstaan door een ontslag. Artikel 6:162 BW kan wel in beeld komen als grondslag voor de vergoeding van schade als gevolg van een ontslag, maar ook dat ligt niet erg voor de hand, omdat dit artikel in de regel pas gebruikt zal worden als om de één of andere reden de toepassing van artikel 7:658 BW of 7:611 BW niet mogelijk is.

Samenloop kan zich verder niet alleen voordoen in relatie tot de ontbindingsprocedure, maar ook in relatie tot andere ontslagprocedures waarbij een vergoeding kan worden toegekend, in het bijzonder de procedure inzake kennelijk onredelijk ontslag (artikel 7:681 BW). Een dergelijke samenloop creëert echter niet zoveel problemen omdat, zoals gezegd, een procedure inzake kennelijk onredelijk ontslag een gewone bodemprocedure is die wordt ingeleid met een dagvaarding, waarop het gewone bewijsrecht van toepassing is, en waarbij hoger beroep van een in die procedure gewezen vonnis open staat. Een procedure inzake kennelijk onredelijk ontslag kan daarom gelijktijdig worden gevoerd met een procedure tot vergoeding van letsel schade uit hoofde van artikel 7:658 BW, 7:611 BW, 6:170 BW of eventueel 6:162 BW. Bij de toekenning van een vergoeding uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag of van een schadevergoeding kan dan rekening worden gehouden met de eventueel in de andere procedure toegekende vergoeding.²⁴⁵

244 Zie voor een voorbeeld hoe het niet moet: HR 14 februari 2003, *JAR* 2003, 72 (Thuiszorg/Bulters) en de conclusie van AG Spier bij dit arrest, die daarin spreekt over de procedure van art. 7:685 BW als een maatschappelijke misstand (overweging 3.6).

245 Zie bijvoorbeeld Ktr. Utrecht 1 augustus 2001, *JAR* 2001, 195 en Ktr. Haarlem 11 oktober 2000 en 14 maart 2001, *JAR* 2001, 88. Zie ook § 3.12.1.

3.13 Samenvatting

In dit hoofdstuk is besproken of de artikelen 7:658 BW, 7:611 BW, 6:170 BW en 6:162 BW als basis kunnen dienen voor de vergoeding van psychisch letsel door het werk en, zo ja, hoe de verschillende aansprakelijkheidsvereisten – tekortkoming, schade, causaal verband tussen schade en werk en tussen schade en tekortkoming, toerekening in de zin van artikel 6:98 BW, eigen schuld, en relativiteit – moeten worden ingevuld. Ook is aandacht besteed aan de samenloop van aansprakelijkheidsprocedures met ontslagprocedures. Aangegeven is dat de toepassing van artikel 7:658 BW als grondslag voor een vordering tot vergoeding van psychisch letsel voor de hand ligt, als een concreet voorschrift is geschonden bij niet-naleving waarvan het letsel te voorzien was. Artikel 7:611 BW kan in beeld komen bij meer diffuse normen, in het bijzonder op het gebied van personeelsbeslissingen, bij de schending waarvan het niet direct in de rede ligt dat psychisch letsel ontstaat. Artikel 6:170 BW kent een heel eigen toepassingsgebied, namelijk die gevallen waarin psychisch letsel het gevolg is van onrechtmatig handelen van een mede-werknemer. Artikel 6:162 BW tenslotte vervult een restfunctie en kan gebruikt worden in gevallen waarin een beroep op één van de andere artikelen niet mogelijk is.

Een werknemer die zich op artikel 7:658 BW beroept ter verkrijging van schadevergoeding in verband met psychisch letsel zal moeten aantonen ofwel dat hij dit letsel heeft opgelopen in de uitoefening van zijn werkzaamheden ofwel dat de werkgever een verplichting niet is nagekomen die specifiek strekte ter voorkoming van zijn letsel en tevens feitelijk aannemelijk is dat deze niet-nakoming het letsel heeft veroorzaakt. Slaagt de werknemer er in het oorzakelijk verband tussen werk en letsel te bewijzen, dan is het aan de werkgever om aan te tonen dat hij zijn zorgplicht heeft nageleefd, dan wel dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer, dan wel dat zijn tekortschieten het letsel niet heeft veroorzaakt. Het oorzakelijk verband tussen werk en psychisch letsel zal niet altijd eenvoudig te bewijzen zijn. Veelal zal de werknemer dit niet kunnen aantonen zonder in te gaan op de volgens hem door de werkgever geschonden zorgplicht. Voor een geslaagd beroep van de werknemer op de omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband zal in de meeste gevallen een feitelijk vermoeden van het bestaan van causaal verband tussen tekortkoming en letsel aannemelijk moeten zijn gemaakt. Bij psychisch letsel komt aan dit vereiste naar verhouding veel gewicht toe, afgezet tegen het vereiste van de specifieke strekking van de norm, dit omdat, als het bestaan van deze causale relatie niet aannemelijk is gemaakt, de kans reëel is dat de werkgever aansprakelijk wordt gehouden voor psychisch letsel dat deels een buiten het werk gelegen oorzaak heeft.

Bij artikel 7:611 BW doet deze problematiek zich minder sterk voor, omdat een werknemer daarbij in beginsel zowel moet bewijzen dat zijn werkgever onvoldoende maatregelen heeft genomen ter voorkoming van zijn psychisch letsel als ook dat het psychisch letsel daardoor is veroorzaakt. Deze bewijslast kan echter

HOOFDSTUK 3

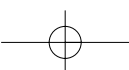
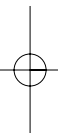
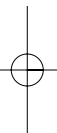
anders verdeeld worden afhankelijk van de omstandigheden van het geval en afhankelijk ook van de vraag of er plaats is voor een omkering van de bewijslast ten aanzien van het causaal verband indien de tekortkoming van de werkgever vast staat. Bij artikel 6:170 BW is met name van belang dat de zieke werknemer aantoont dat de kans op het onrechtmatig handelen van een collega is vergroot door de opdracht die deze had gekregen om bepaalde werkzaamheden te verrichten. Er dient immers functioneel verband te zijn tussen werkzaamheden en onrechtmatig handelen. Bij artikel 6:162 BW tenslotte gelden in beginsel, evenals bij artikel 7:611 BW, de hoofdregels van het bewijsrecht, maar kan een aanpassing daarvan op zijn plaats zijn afhankelijk van de omstandigheden van de aard van de geschonden norm en de aard van de schade.

Psychische predisposities dienen in beginsel op dezelfde wijze aan een werkgever te worden toegerekend als fysieke predisposities. Dit geldt echter niet voor privé-oorzaken van psychisch letsel in de zin van buiten de persoon van de werknemer gelegen oorzaken die min of meer gelijktijdig optreden met ziekmakende omstandigheden op het werk en samen daarmee het letsel teweeg brengen. Er is veel voor te zeggen om schade als gevolg van dergelijke mede-oorzaken aan de werknemer zelf toe te rekenen. Artikel 6:101 BW biedt het meest geschikte kader voor een afweging welke oorzaken wel en welke niet aan de werkgever moeten worden toegerekend. De beperking van eigen schuld in artikel 7:658 BW tot opzet of bewuste roekeloosheid staat niet aan een dergelijke toepassing van artikel 6:101 BW in de weg, nu de beperking beperkt moet worden opgevat, namelijk in de zin dat deze alleen geldt voor eigen schuld in de uitoefening van de werkzaamheden en niet voor eigen schuld in de zin van oorzaken buiten het werk die mede aan het ontstaan van ziekte hebben bijgedragen. Op verplichtingen tot schadevergoeding uit hoofde van artikel 7:611 BW, artikel 6:170 BW en artikel 6:162 BW is het bepaalde in artikel 6:101 BW zonder meer van toepassing.

Wil er recht bestaan op vergoeding van schade op de voet van één van de vier hier genoemde artikelen, dan dient in elk geval sprake te zijn van psychisch letsel en niet van lichtere vormen van oververmoeidheid of van psychisch onbehagen. Dat geldt zowel voor materiële als voor immateriële schade als gevolg van psychisch letsel. Met betrekking tot immateriële schade komt daar nog bij dat sprake moet zijn van een aantasting in de persoon. Onduidelijk is of daarvoor het bestaan van een erkend psychiatrisch ziektebeeld vereist is. Mij lijkt dit een weinig zinvol vereiste. Wel dient overtuigend te worden aangetoond, in beginsel aan de hand van onafhankelijke medische rapportage, dat daadwerkelijk sprake is van een serieuze psychische ziekte. Uitgangspunt is dat de schade wordt begroot in overeenstemming met de voorschriften uit boek 6 BW. Dat betekent dat er geen ruimte is voor het toekennen van een schadevergoeding naar billijkheid voor materiële schade die het gevolg is van psychisch letsel, ook niet als de grondslag voor aansprakelijkheid artikel 7:611 BW is. Dit is alleen anders als het psychisch letsel samenhangt met een ontslag en er in feite sprake is van een ontslagvergoeding.

GRONDSLAGEN FOUTAANSPRAKELIJKHEID PSYCHISCH LETSEL IN ARBEIDSRECHT

De Baijings-rechtspraak van de Hoge Raad kan meebrengen dat er geen ruimte is voor het toekennen van een schadevergoeding op grond van, met name, artikel 7:611 BW indien reeds in een ontbindingsprocedure de vraag naar de toekenning van een vergoeding aan de orde is geweest. Deze beperking geldt echter alleen voor zover de schade is veroorzaakt door omstandigheden die samenhangen met de beëindiging van een dienstverband en niet voor zover de schade het gevolg is van gebeurtenissen tijdens de looptijd van het dienstverband die losstaan van de beëindiging ervan.



4. Grondslagen van foutaansprakelijkheid voor psychisch letsel in het ambtenarenrecht – de norm van artikel 7:658, 6:170 en 6:162 BW

4.1 Inleiding en plan van behandeling

In het vorige hoofdstuk is besproken in hoeverre de artikelen 7:658 BW, 7:611 BW, 6:170 BW en 6:162 BW in het arbeidsrecht gebruikt kunnen worden als basis voor foutaansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel van een werknemer. In dit hoofdstuk zal een vergelijkbare bespreking plaatsvinden van de grondslagen voor foutaansprakelijkheid van de werkgever in het ambtenarenrecht. Zoals zal blijken in de loop van dit hoofdstuk zoekt de bestuursrechter in veel gevallen aansluiting bij het civiele recht, in elk geval waar het de daar geldende normen betreft. De wijze waarop deze normen door de bestuursrechter worden ingevuld, is echter niet steeds gelijk aan de wijze waarop dit in het civiele recht gebeurt. Verder kent het bestuursrecht andere (minder) regels voor de verdeling van de bewijslast en worden leerstukken als toerekening naar redelijkheid en verdeling van eigen schuld in het bestuursrecht niet steeds op dezelfde wijze toegepast als in het civiele recht, als deze leerstukken überhaupt al van toepassing worden geacht. Het is om die redenen niet mogelijk om de grondslagen voor foutaansprakelijkheid naar civiel en publiek arbeidsrecht in één hoofdstuk te behandelen. Daarom wordt aan het ambtenarenrecht een apart hoofdstuk gewijd. In dit hoofdstuk zullen overigens niet de rechtspositionele regelingen op grond waarvan aan een ambtenaar bepaalde vergoedingen toekomen in geval van een dienstongeval of beroepsziekte worden besproken. Het gaat bij die regelingen niet om foutaansprakelijkheid van de overheidswerkgever, maar om no-fault vergoedingssystemen. Deze regelingen zullen daarom apart worden besproken in hoofdstuk 5 van dit boek. Het ambtenarenontslagrecht zal tezamen met het civiele ontslagrecht aan de orde komen in hoofdstuk 6.

In dit hoofdstuk zal achtereenvolgens worden ingegaan op de norm van artikel 7:658 BW, zoals die sinds 22 juni 2000¹ in het ambtenarenrecht wordt toegepast als grondslag voor aansprakelijkheid van de overheidswerkgever, (de norm van) artikel 6:170 BW en artikel 6:162 BW. Indien het wetsvoorstel tot wijziging van de Ambtenarenwet en enkele andere wetten in verband met goed ambtelijk handelen, goed werkgeverschap en algemene regels over integriteit door de Tweede en Eerste Kamer wordt aangenomen, zal in de Ambtenarenwet tevens worden bepaald dat overheidswerkgever en ambtenaar verplicht zijn zich als een goed werkgever respectievelijk een goed ambtenaar te gedragen.² De Centrale Raad

1 CRvB 22 juni 2000, TAR 2000, 112 m.nt. K. Festen-Hoff.

2 Deze bepaling zal worden opgenomen in art. 125ter Ambtenarenwet zodra het wetsvoorstel van 21 februari 2004, TK 2003-2004, 29436 zal zijn aangenomen en in werking getreden.

HOOFDSTUK 4

van Beroep (hierna 'CRvB') heeft zich over de toepassing van dit artikel als grondslag voor de vergoeding van letselschade nog niet uitgelaten, maar heeft wel in procedures waarin vergoeding van letselschade werd verzocht onder verwijzing naar een algemene billijkheidsnorm in een rechtspositieregeling,³ aangegeven zeer terughoudend te willen zijn met het aanvaarden van risicoaansprakelijkheid voor letselschade op billijkheidsgronden.⁴ De CRvB stelt daarbij het toekennen van schadevergoeding op grond van billijkheidsnormen uit een rechtspositieregeling op één lijn met het toekennen van schadevergoeding uit hoofde van goed werkgeverschap. De rechtspositionele bepalingen die de toekenning van schadevergoeding naar billijkheid mogelijk maken, moeten, aldus de CRvB, gezien worden als uitdrukking van de norm van het goed werkgeverschap.⁵ Ter rechtvaardiging voor zijn terughoudende opstelling ten aanzien van het aanvaarden van risicoaansprakelijkheid overweegt de CRvB dat, als hij een soepeler benadering zou kiezen, hij een stelsel van risicoaansprakelijkheid zou doen ontstaan, "waarvoor in de geschiedenis van de totstandkoming van de rechtspositieregelingen geen basis is te vinden en waarvoor ook in het ongeschreven recht onvoldoende aanknopingspunten bestaan."⁶ De CRvB geeft daarbij tevens aan geen reden te zien om, zoals de Hoge Raad wel doet, een slachtoffer van een verkeersongeval tijdens werktijd anders te behandelen dan andere ambtenaren die blijvende schade lijden als gevolg van ongevallen in risicovolle functies, zoals politieambtenaren, militairen, baliemedewerkers en penitentiair inrichtingswerkers.

Omdat er in het ambtenarenrecht aldus weinig ruimte is voor het aanvaarden van risicoaansprakelijkheid voor letselschade op grond van rechtspositionele billijkheidsnormen en de norm van het goed werkgeverschap zal hierop in dit hoofdstuk verder niet worden ingegaan. De CRvB gebruikt deze normen overigens ook niet als grondslagen voor foutaansprakelijkheid in gevallen waarin de norm van artikel 7:658 BW niet kan worden toegepast, dit in tegenstelling tot de Hoge Raad die voor een dergelijke wijze van toepassing ruimte ziet bij onder meer de vergoeding van letsel in de privé-sfeer en bij letsel ontstaan in bijzondere situaties waarin van de werkgever had mogen verwacht dat hij de werknemer nadrukkelijk tegen bepaalde risico's had gewaarschuwd of een verzekering tegen die risico's

3 Zoals art. 115 Algemeen Militair Ambtenarenreglement (AMAR) en art. 69 ARAR.

4 Zie met name CRvB 9 december 2004, *TAR* 2005, 33. In CRvB 19 september 2002, *TAR* 2003, 26 (gekantelde viertonner) nam de CRvB wel aan dat de overheidswerkgever letselschade van een ambtenaar moest vergoeden uit hoofde van de algemene billijkheidsnorm uit de rechtspositieregeling (art. 115 AMAR).

5 CRvB 9 december 2004, *TAR* 2005, 33.

6 In het verleden is door de CRvB wel een zekere vorm van risicoaansprakelijkheid van de overheidswerkgever aanvaard voor ongevallen tijdens werkzaamheden van bedrijfsmatige aard, waarbij gebruik werd gemaakt van gereedschap en machines. Zie verder § 4.2.2.

had afgesloten.⁷ Wel wordt in een enkel geval, met name door lagere rechters, in situaties waarin de norm van artikel 7:658 BW niet van toepassing wordt geacht, teruggeslagen op artikel 6:162 BW. Artikel 6:162 BW vervult dan in het ambtenarenrecht een enigszins vergelijkbare rol aan die van artikel 7:611 BW in het civiele arbeidsrecht.

Het ambtenarenrecht kent geen wettelijke grondslag voor de vergoeding van werkgerelateerd letsel. Artikel 125 Ambtenarenwet, waarin is bepaald dat voorschriften moeten worden vastgesteld ten aanzien van een aantal in het artikel genoemde onderwerpen,⁸ noemt de vergoeding van letselschade niet als één van de onderwerpen die geregeld moeten worden. Voor zover in het ambtenarenrecht aanspraak kan worden gemaakt op vergoeding van letselschade vanwege schending van de norm van artikel 7:658 BW of 6:170 BW, of van artikel 6:162 BW, gebeurt dit daarom niet op grond van de wet, maar op grond van in de rechtspraak ontwikkelde grondbeginselen.

4.2 Vergoeding van psychisch letsel op grond van de norm van artikel 7:658 BW

4.2.1 Vergoedingen bij ziekte van ambtenaren en toegang tot de rechter

Alvorens de vraag te kunnen beantwoorden of een ambtenaar op de voet van (de norm van) artikel 7:658 BW vergoeding van psychisch letsel kan vorderen, is het noodzakelijk om enige achtergrondinformatie te geven over de vergoedingen waarop een ambtenaar bij ziekte aanspraak kan maken. De norm van artikel 7:658 BW komt namelijk pas in beeld indien de schade van de ambtenaar niet op andere wijze wordt vergoed. Een zieke ambtenaar heeft in beginsel recht op doorbetaling van (een gedeelte van zijn) loon gedurende de eerste twee ziektejaren. In de Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting bij ziekte 2003 is bepaald dat de Ambtenarenwet⁹ in dit opzicht op dezelfde wijze zal worden aangepast als is gebeurd met het Burgerlijk Wetboek. Dat betekent dat, zodra deze aanpassing is geëffectueerd,¹⁰ een ambtenaar gedurende de eerste twee ziektejaren recht heeft op tenminste 70% van het laatstgenoten loon,¹¹ waarbij het loon in het eerste ziek-

7 Zie respectievelijk HR 22 januari 1999, *JAR* 1999, 44; *NJ* 1999, 534 m.nt. PAS (reclasseringsmedewerker) en HR 18 maart 2005, *JAR* 2005, 100 (KLM/De Kuijer). Zie verder § 3.2.1.

8 Voor zover het om rijksambtenaren gaat, moeten dit bij of krachtens algemene maatregel van bestuur.

9 Ditzelfde geldt voor de Militaire Ambtenarenwet, de Politiewet en de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren. Vgl. art. V van de Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting bij ziekte 2003.

10 Begin 2005 was dit nog niet het geval.

11 Dan wel 70% van het maximum dagloon als bedoeld in de Coördinatiewet Sociale Verzekering als dat lager is dan zijn loon.

HOOFDSTUK 4

tejaar niet lager mag zijn dan het voor de ambtenaar geldende minimumloon. In het tweede ziektejaar geldt die ondergrens niet.¹² Werkgevers- en werknemers- (organisaties) kunnen overeenkomen dat een hoger percentage van het loon wordt doorbetaald dan 70%.¹³ Hierover kunnen per overheidssector nadere afspraken worden gemaakt in de rechtspositionele regelingen. Vooral nog is in de belangrijkste rechtspositieregeling, het ARAR, bepaald dat een ambtenaar in het eerste ziektejaar 100% van zijn loon doorbetaald krijgt en dat in de eerste helft van het tweede ziektejaar ofwel aan hem, in aanvulling op zijn WAO-uitkering, een bovenwettelijke uitkering wordt betaald ter hoogte van het verschil tussen zijn WAO-uitkering en zijn laatstgenoten salaris, ofwel, dat in die periode zijn bezoldiging wordt doorbetaald indien hij geen recht heeft op een WAO-uitkering.¹⁴ In de tweede helft van het tweede ziektejaar wordt de uitkering van de rijksambtenaar ofwel aangevuld tot 80% van het salaris ofwel wordt aan hem, als hij geen WAO-uitkering krijgt, 80% van zijn salaris doorbetaald.¹⁵ Is de rijksambtenaar ziek geworden door het werk, dan ontvangt hij een aanvulling op zijn WAO-uitkering tot 100% van zijn salaris tot aan het ontslag en tot 90% van zijn salaris daarna en kan hij een vergoeding krijgen voor de noodzakelijk gemaakte kosten voor geneeskundige behandeling of verzorging, ook nadat ontslag heeft plaatsgevonden.¹⁶ Andere rechtspositieregelingen kennen veelal vergelijkbare bepalingen. Omdat iedere overheidssector echter afzonderlijk met de vakbonden moet onderhandelen over de in die sector geldende regelingen is het niet mogelijk om in zijn algemeenheid te zeggen welke aanvullingen op loon of uitkering de

12 Vgl. art. 7:629 lid 1 BW.

13 In het najaarsoverleg 2004 tussen de sociale partners is in dit opzicht afgesproken dat over de twee ziektejaren in beginsel niet meer dan 170 van het loon zal worden betaald. Hoe dat verdeeld wordt, moet nog nader worden ingevuld. Zie de verklaring van de Stichting van de Arbeid van 5 november 2004 en de kabinetsverklaring van dezelfde datum (zie http://www.stvda.nl/publicaties/default.asp?Desc=publicaties_nota_20041105, 27 maart 2005). Zie verder de brief van Minister De Geus van SZW aan de Tweede Kamer d.d. 8 november 2004, kenmerk AV/CAM/04/76641.

14 Art. 37 lid 2 ARAR, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 14 december 2004, *Stb.* 2004, 688.

15 Art. 37 lid 2 ARAR, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 14 december 2004, *Stb.* 2004, 688.

16 Vgl. art. 37 lid 3 ARAR met betrekking tot de ambtenaar die nog in dienst is, art. 38 lid 3 en 4 ARAR met betrekking tot de gewezen ambtenaar, en art. 48 ARAR met betrekking tot de medische kosten. De meeste andere rechtspositieregelingen kennen vergelijkbare bepalingen. Omdat verschillen tussen de rechtspositieregelingen echter mogelijk zijn, is het in een concreet geval altijd noodzakelijk om de toepasselijke rechtspositieregeling te raadplegen.

ambtenaar tijdens ziekte ontvangt. Raadpleging van de in een bepaalde sector toepasselijke regeling is daarvoor steeds noodzakelijk.¹⁷

Omdat de rechtspositionele regelingen doorgaans niet de gehele schade vergoeden van een ambtenaar die ziek is geworden door het werk, kan een ambtenaar daarnaast zijn werkgever aansprakelijk willen stellen voor zijn restschade. Het gaat dan meestal om nog resterende inkomensschade, medische kosten die niet door de werkgever worden vergoed en immateriële schade. De ambtenaar kan in dat geval zijn werkgever verzoeken om zijn schade te vergoeden onder verwijzing naar de norm van artikel 7:658 BW, die van artikel 6:170 BW indien van toepassing, of artikel 6:162 BW. Een dergelijk verzoek zal in beginsel steeds leiden tot een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (hierna "Awb"), omdat sprake zal zijn van een aanvraag als bedoeld in artikel 1:3 lid 3 Awb. De beslissing op een dergelijk verzoek is dan een besluit als bedoeld in de Awb, waarop het stelsel van rechtsbescherming van de Awb van toepassing is. Tegen zo'n besluit kan, indien daarbij het verzoek wordt afgewezen, bezwaar worden gemaakt en beroep worden ingesteld bij de bestuursrechter.¹⁸ Een dergelijk besluit wordt in de rechtspraak en literatuur in de regel aangeduid als een zelfstandig schadebesluit.¹⁹

Een ambtenaar kan er ook voor kiezen om vergoeding van letselschade te vorderen bij de civiele rechter. Aanvankelijk had hij deze mogelijkheid niet omdat in het Changoe-arrest van 28 februari 1992²⁰ was geoordeeld dat een ambtenaar geen vordering tot schadevergoeding kon instellen bij de civiele rechter omdat de bestuursrechtelijke rechtsbescherming voldoende waarborgen bood.²¹ In het arrest Groningen/Raatgever²² is de Hoge Raad op dit punt echter 'om' gegaan en heeft hij aangegeven dat de civiele rechter bevoegd is om schadeclaims te beoordelen, ook in gevallen waarin tevens de bestuursrechter bevoegd is. In het arrest Staat/Zevenbergen is vervolgens expliciet bevestigd dat dit uitgangspunt – de

17 Er zijn inmiddels 12 sectoren: rijk, defensie, politie, academische ziekenhuizen, wetenschappelijk onderwijs, hoger beroepsonderwijs, onderzoeksinstituten, onderwijs en wetenschappen, rechterlijke macht, gemeenten, provincie, waterschappen. Zie K. Festen-Hoff, "Rechtspositionele vergoedingen en volledige schadevergoeding bij dienstongeval of beroepsziekte", *TAR* 2004, p. 570.

18 Dit volgt uit art. 8:1 lid 2 Awb. Zie ook B.J. Schueler, "Schadevergoeding voor ambtenaren onder de Awb", *TAR* 1998, p. 327 en M.B. Koetser, *Overheid en schadevergoeding*, Den Haag 2003, p. 44 e.v.

19 Soms wordt gesproken van een 'zuiver' schadebesluit. Zie over deze terminologie: Koetser, 2003, p. 11.

20 HR 28 februari 1992, *NJ* 1992, 687 m.nt. MS; *AB* 1992, 301 m.nt. FHvdB.

21 Vóór het Changoe-arrest kon de ambtenaar overigens in geen enkel geval naar de civiele rechter. Zie Koetser, 2003, p. 53.

22 HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 87 (Groningen/Raatgever) en 88 m.nt. ARB; *AB* 2000, 89 m.nt. PvB; *JB* 2000, 4 m.nt. FAMS.

HOOFDSTUK 4

keuze tussen de civiele en de bestuursrechter – ook geldt voor schadeclaims van ambtenaren.²³ Deze keuze bestaat echter alleen zolang de bestuursrechter nog niet over de schadeclaim van de ambtenaar heeft beslist. Heeft de bestuursrechter een beroep tegen een schadebesluit ongegrond verklaard, dan kan de ambtenaar zich niet alsnog tot de civiele rechter wenden.²⁴

Onzekerheid bestaat er over de vraag of een ambtenaar zich tot de civiele rechter kan wenden als nog niet vaststaat dat de overheidswerkgever jegens hem schadeplichtig is.²⁵ De Hoge Raad heeft zich op dit punt niet expliciet uitgesproken. Uit het Changoe-arrest lijkt te volgen dat de ambtenaar eerst een oordeel van de bestuursrechter moet verkrijgen over de onrechtmatigheid van een besluit tot afwijzing van aansprakelijkheid alvorens hij naar de civiele rechter kan gaan, omdat het in dit arrest geformuleerde uitgangspunt, te weten dat er geen ruimte is voor een beroep op de civiele rechter als een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke procedure openstaat, nimmer door de Hoge Raad is herroepen voor zover het de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van een besluit betreft. De arresten Groningen/Raatgever en Zevenbergen/Staat creëren alleen de mogelijkheid voor het vorderen van schadevergoeding bij de civiele rechter als de onrechtmatigheid van het besluit van het bestuursorgaan vaststaat.²⁶ Aan de andere kant wordt door een enkele rechter wel aangenomen dat er geen bezwaar is tegen het zowel in een civielrechtelijke als in een bestuursrechtelijke procedure beoordelen van de onrechtmatigheid van een besluit tot afwijzing van schadevergoeding, zolang maar niet twee keer een vergoeding wordt toegekend voor dezelfde schade.²⁷

4.2.2 Toetsing aan de norm van artikel 7:658 BW; algemeen

Indien een ambtenaar zijn werkgever verzoekt om vergoeding van de door hem geleden en te lijden schade als gevolg van een ongeval of beroepsziekte en zijn werkgever wijst dit verzoek af, dan kan de ambtenaar, zoals gezegd, tegen het afwijzende besluit beroep instellen bij de bestuursrechter. Deze zal het besluit

23 HR 15 november 2002, NJ 2003, 617 m.nt. MS; RvdW 2002, 186; JB 2003, 2; AB 2003, 95 m.nt. PvB (Staat/Zevenbergen).

24 Dit volgt uit Groningen/Raatgever en is ook logisch omdat, als een beroep op de civiele rechter na een oordeel van de bestuursrechter wel mogelijk zou zijn, het civiele recht als een soort hoger beroep tegen een bestuursrechtelijke beslissing zou gaan fungeren. Zie ook Hof Amsterdam 14 november 2002, rolnr. 226/02, n.g.

25 Zie hierover A.G. Castermans, "Harmonisatie van de aansprakelijkheid van de civiele- en de overheidswerkgever jegens de werknemer" in C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer 2003, p. 114-116.

26 Zie in deze zin Koetser, 2003, p. 51-52.

27 Rb. Rotterdam 6 augustus 2003, *Letsel & Schade* 2003 nr. 3, p. 37-40 (nr. 63).

vervolgens toetsen aan de norm van artikel 7:658 BW. Deze toets wordt toegepast sinds de uitspraak van de CRvB van 22 juni 2000.²⁸ Vóór die tijd hanteerde de CRvB een andere toetsingsmaatstaf. In de jurisprudentie betrekking hebbend op de periode tot 1993 hanteerde de CRvB het uitgangspunt dat een overheidsorgaan gehouden is om de aan een ambtenaar toegebrachte schade te vergoeden indien sprake is van een aan dat orgaan toe te rekenen optreden waardoor de ambtenaar materiële of immateriële schade heeft geleden, en indien dat optreden en die schade van een zodanige aard zijn dat de schade in redelijkheid voor vergoeding in aanmerking dient te komen.²⁹ Daarna heeft de CRvB een andere norm ingevoerd die gold vanaf 1 januari 1993.³⁰ Deze hield in dat alleen recht op schadevergoeding bestond indien de schade het gevolg was van onrechtmatig handelen van het bestuursorgaan. Verder introduceerde de CRvB in 1993 een zekere risicoaansprakelijkheid voor de overheidswerkgever, namelijk in die gevallen waarin letsel schade was ontstaan als gevolg van een ongeval tijdens werkzaamheden van bedrijfsmatige aard, waarbij gebruik werd gemaakt van gereedschap en machines.³¹ In dergelijke gevallen zou sprake zijn van risicoaanvaarding door het overheidsorgaan.³² In andere gevallen bleef schuldaansprakelijkheid uitgangspunt en derhalve het criterium van de onrechtmatigheid.³³ In zijn uitspraak van 22 juni 2000³⁴ heeft de CRvB de onrechtmatigheidsnorm verlaten en heeft hij aansluiting gezocht bij de norm van artikel 7:658 BW. Deze norm heeft onmiddellijke werking gekregen, dat wil zeggen dat de norm ook is gaan gelden voor schadegevallen die zich hebben voorgedaan vóór 22 juni 2000, maar die na die datum aan de rechter zijn voorgelegd of nog zullen worden voorgelegd.³⁵ De CRvB heeft de norm van artikel 7:658 BW voor het ambtenarenrecht als volgt geformuleerd:

-
- 28 CRvB 22 juni 2000, *TAR* 2000, 112.
 - 29 Vgl. CRvB 7 maart 1985, *TAR* 1985, 96 en CRvB 9 december 1993, *TAR* 1994, 34.
 - 30 Vgl. CRvB 13 februari 1997, *TAR* 1997, 59.
 - 31 CRvB 9 december 1993, *TAR* 1994, 34.
 - 32 Zie CRvB 9 december 1993, *TAR* 1994, 34 en CRvB 17 maart 1994, *TAR* 1994, 106; *AB* 1995, 537. Hierover A. Rijlaarsdam, "De CRvB introduceert risicoaanvaarding als basis voor de aansprakelijkheid van een administratief orgaan als werkgever voor dienstongevallen van ambtenaren", *TAR* 1994, p. 525-529.
 - 33 Zie bijvoorbeeld CRvB 13 februari 1997, *TAR* 1997, 59 – mishandelde en verwonde agent, geen risicoaansprakelijkheid en ook geen schuldaansprakelijkheid. Zie verder CRvB 11 november 1999, *JB* 1999, 306 – gebroken kuitbeen tijdens cursus van gevangenisbewaarster door onvoorzichtigheid mede-cursiste.
 - 34 *JB* 2000, 232 en *TAR* 2000, 112.
 - 35 Zie expliciet Rb. 's-Gravenhage 9 januari 2001, *TAR* 2001, 36.

HOOFDSTUK 4

“voor zover zulks niet reeds voortvloeit uit de op de ambtenaar van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften heeft de ambtenaar recht op vergoeding van de schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoonst dat het zijn verplichtingen is nagekomen, de werkzaamheden van de ambtenaar op zodanige wijze in te richten, alsmede voor het verrichten van die werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, of aantoonst dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar.”

De CRvB schuift op deze wijze de eerste twee leden van artikel 7:658 BW, waarin respectievelijk de zorgplicht is vervat en de aansprakelijkheid in geval van schending ervan, ineen. Verder verschilt de formulering van de CRvB van die van artikel 7:658 BW waar de CRvB spreekt over de verplichting van de overheidswerkgever om ‘de werkzaamheden’ op zodanige wijze in te richten dat voorkomen wordt dat de ambtenaar schade lijdt. In artikel 7:658 BW wordt in dit opzicht gesproken over de inrichting van ‘lokalen, werktuigen en gereedschappen’. De omschrijving van de CRvB oogt moderner.³⁶ Het ligt echter niet voor de hand dat de CRvB hiermee heeft bedoeld af te wijken van de tekst van artikel 7:658 BW en de uitleg daarvan in de civiele rechtspraak, nu de CRvB expliciet aansluiting zoekt bij de norm van artikel 7:658 BW. Had hij deze niet willen volgen, dan had de CRvB dat wel aangegeven.³⁷

4.2.3 Toepassing van de norm van artikel 7:658 BW op psychisch letsel

Naar het zich laat aanzien, acht de CRvB toepassing van de norm van artikel 7:658 BW als grondslag voor de vergoeding van werkgerelateerd psychisch letsel zonder lichamelijke component zonder meer mogelijk. In een uitspraak van 1 juli 2004³⁸ bevestigde de CRvB namelijk een uitspraak van de rechtbank Amsterdam waarin deze had geoordeeld dat de Sociale Dienst Amsterdam ten onrechte het verzoek tot schadevergoeding van een ambtenaar, die had gesteld dat hij een posttraumatische stress stoornis (PTSS) had opgelopen door het werk, had afgewezen. De rechtbank Amsterdam had in deze zaak geoordeeld dat de Sociale Dienst aansprakelijk was voor de schade van de ambtenaar, omdat zij hem, in strijd met haar zorgplicht ex artikel 7:658 BW, gedurende te lange tijd en te vaak als enige medewerker baliediensten had laten draaien, waardoor een overschrij-

36 Zie ook Festen-Hoff in haar noot onder CRvB 29 juni 2000, TAR 2000, 116. Zij schrijft dat de formulering van de CRvB meer ruimte lijkt te bieden voor aansprakelijkheid voor schade die niet is ontstaan door de fysieke werkomgeving maar door de werktaken, werktijden en werkdruk.

37 In dezelfde zin S.D. Lindenbergh, “Overheidsaansprakelijkheid; zorgplicht overheidswerkgever; arbeidsongeval”, A&V 2000, p. 118-121.

38 TAR 2004, 141.

ding van de werkdruk in de hand was gewerkt, én omdat zij hem onvoldoende had getraind in het omgaan met agressieve klanten.³⁹ De bewuste medewerker was mishandeld door een agressieve klant die over de balie was gesprongen en had als gevolg daarvan een PTSS opgelopen.

In hoger beroep werd de toepassing van de norm van artikel 7:658 BW niet ter discussie gesteld, maar spitste het geschil zich toe op de vraag of de Sociale Dienst al dan niet was tekortgeschoten in haar zorgplicht. De CRvB kwam er daardoor niet aan toe om een principieel oordeel uit te spreken over de toepassing van de norm van artikel 7:658 BW. De CRvB overweegt echter wel dat hij het oordeel van de rechtbank deelt dat de Sociale Dienst haar verplichtingen als bedoeld in (de norm van) artikel 7:658 BW heeft geschonden, "door betrokkene zonder opleiding inzake de omgang met agressie gedurende langere tijd achtereen dagelijks baliewerkzaamheden te laten verrichten". Daaruit kan worden afgeleid dat de CRvB toepassing van de norm van artikel 7:658 BW in elk geval mogelijk acht in een situatie als hier aan de orde, waarin een ambtenaar psychisch ziek is geworden doordat zijn werkgever hem gedurende te lange tijd psychisch belastend werk heeft opgedragen en hem geen adequate training heeft geboden voor het omgaan met bepaalde risico's.⁴⁰ Aangenomen mag worden dat dit ook het geval is in andere situaties waarin een overheidswerkgever een concrete zorgplicht heeft geschonden die strekte ter voorkoming van psychisch letsel, althans ter voorkoming van een situatie waarin dit letsel te verwachten was, zoals in de hier besproken casus. Indien de CRvB zonder meer aanvaardt dat een zorgplicht ter voorkoming van overbelasting een zorgplicht als bedoeld in artikel 7:658 BW kan zijn, zal hij dit naar alle waarschijnlijkheid ook doen waar het gaat om verplichtingen ter voorkoming van psychisch letsel als gevolg van andere oorzaken, zoals pesten, seksuele intimidatie of onzorgvuldig werkgevershandelen.⁴¹

In de lagere ambtenaarrechtelijke rechtspraak is tot dusver zowel het standpunt terug te vinden dat op de voet van artikel 7:658 BW schadevergoeding moet kunnen worden verkregen voor zuiver psychisch letsel als het standpunt dat dit niet het geval is.⁴² De rechtbank Amsterdam heeft, zoals besproken, de norm van artikel 7:658 BW toegepast in de zaak van de medewerker van de Sociale Dienst.

39 Rb. Amsterdam 11 januari 2002, *TAR* 2002, 46.

40 De CRvB merkt wel op dat de enkele omstandigheid dat een medewerker nog geen training heeft gehad over agressie of dat niet steeds de hand wordt gehouden aan het beperken van baliewerk niet direct betekent dat er ook sprake is van een tekortkoming als bedoeld in art. 7:658 BW. In onderhavig geval was dit echter wel zo door de combinatie van het ontbreken van training en de lange duur van het dagelijkse baliewerk. Zie verder § 11.3.2 en § 11.7.2.

41 Zie in dit verband ook CRvB 26 mei 2004, *TAR* 2005, 19 waarin de CRvB aansprakelijkheid van de werkgever op grond van de norm van art. 6:170 BW aannam voor psychisch letsel als gevolg van intimidatie. Zie hierover § 4.6.

42 Rb. Amsterdam 11 januari 2002, *TAR* 2002, 46.

HOOFDSTUK 4

Daarnaast is er nog een uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage waarin deze heeft geoordeeld dat (de staatssecretaris van) Defensie tekort was geschoten in zijn verplichting als bedoeld in artikel 7:658 BW om de discipline in de militaire eenheid waar de militair toe behoorde, te handhaven, in het bijzonder bij het ontladen van wapens. Daarom achtte de rechtbank Defensie aansprakelijk voor de posttraumatische stress stoornis die de militair had opgelopen nadat hij, doordat zijn wapen bij het ontladen onverwacht afging, onbedoeld zijn commandant had neergeschoten.⁴³ In twee andere zaken met betrekking tot militairen oordeelde de rechtbank 's-Gravenhage echter dat de norm van artikel 7:658 BW niet van toepassing is op het eventueel tekortschieten door Defensie in haar verplichting om adequate nazorg te bieden na uitzending naar oorlogsgebied, dit omdat een dergelijke verplichting geen betrekking zou hebben op dienstongevallen in eigenlijke zin.⁴⁴ In deze laatste zaken heeft de CRvB inmiddels ook in hoger beroep uitspraak gedaan. Daarbij is de vraag naar de toepassing van de norm van artikel 7:658 BW echter, met instemming van (de gemachtigde van) de militairen, in het midden gelaten.⁴⁵

In de ambtenaarrechtelijke literatuur is door Festen-Hoff naar aanleiding van een uitspraak van de CRvB van 29 juni 2000⁴⁶ opgemerkt dat de CRvB zich kennelijk terughoudend wil opstellen ten aanzien van het vergoeden van psychisch letsel op de voet van artikel 7:658 BW en dat hij daarom heeft teruggeslagen op de norm van artikel 6:162 BW. Deze conclusie is onderschreven door Coolen.⁴⁷ Mijns inziens kan deze conclusie echter niet worden getrokken uit de uitspraak van 29 juni 2000, omdat de CRvB in deze uitspraak de norm van artikel 7:658 BW geheel niet noemt, maar eenvoudigweg overweegt dat de ambtenaar – een gemeenteamttenaar die stelde dat hij psychisch ziek was geworden en een hartinfarct had gekregen door overmatige stress op het werk – geen aanspraak kan maken op financiële voorzieningen omdat niet is aangetoond dat sprake is van een in overwegende mate door de werkomstandigheden veroorzaakte ziekte en omdat evenmin vaststaat dat de gemeente tekort is geschoten in haar verplichting om te zorgen voor een veilige en gezonde werkomgeving.⁴⁸ De uitspraak is daarmee wel tamelijk cryptisch, omdat de CRvB niet duidelijk maakt aan welke norm hij nu eigenlijk toetst, maar er kan niet uit worden afgeleid dat de CRvB dus de norm van artikel 7:658 BW niet toepasbaar acht bij psychisch letsel. Dat dit

43 Rb. 's-Gravenhage 2 augustus 2001, *TAR* 2001, 118 en 17 oktober 2002, *TAR* 2002, 170.

44 Rb. 's-Gravenhage 9 april 2001, *TAR* 2001, 83; Rb. 's-Gravenhage 15 juni 2001, *TAR* 2001, 103.

45 CRvB 9 oktober 2003, *JB* 2003, 327; CRvB 9 oktober 2003, *JB* 2003, 328.

46 CRvB 29 juni 2000, *TAR* 2000, 116 m.nt. Festen-Hoff.

47 G.L. Coolen, "Posttraumatische stressstoornis van uitgezonden militair; Annotatie bij CRvB 9 oktober 2003, *TAR* 2004, 9", *TAR* 2004, p. 189.

48 CRvB 29 juni 2000, *TAR* 2000, 116 m.nt. Festen-Hoff.

niet het geval is, is inmiddels ook gebleken uit de hiervoor besproken uitspraak van 1 juli 2004.⁴⁹

Samenvattend kan naar mijn mening uit de rechtspraak van de CRvB worden afgeleid dat hij de toepassing van de norm van artikel 7:658 BW op (zuiver) psychisch letsel mogelijk acht indien een verplichting als bedoeld in dit artikel is geschonden. Daarmee hanteert de CRvB hetzelfde uitgangspunt dat sinds 11 maart 2005 ook door de Hoge Raad wordt gevolgd.⁵⁰ Zoals ik al eerder heb aangegeven, acht ik dit uitgangspunt juist, met name omdat er, naar ik meen, onvoldoende reden is om psychisch letsel als schadesoort principieel anders te behandelen dan fysiek letsel, gelet op de verwevenheid tussen beiden en het feit dat psychisch letsel even beschadigend kan zijn als lichamelijk letsel.⁵¹ Ik acht het ook terecht dat in dit opzicht in het ambtenarenrecht dezelfde benadering wordt gevolgd als in het civiele arbeidsrecht. Een psychisch zieke ambtenaar bevindt zich tegenover zijn werkgever niet in een wezenlijk andere positie, waar het gaat om het risico op psychische arbeidsongeschiktheid, dan zijn collega in de marktsector. Voor het toepassen van een verschillende grondslag voor aansprakelijkheid is daarom geen reden.

4.2.4 Invulling zorgplicht overheidswerkgever

Het feit dat ook in het ambtenarenrecht de werkgever wegens schending van de norm van artikel 7:658 BW aansprakelijk gehouden kan worden voor psychisch letsel van een ambtenaar en dat de grondslag voor aansprakelijkheid dus (vrijwel) dezelfde is, brengt echter niet zonder meer mee dat ook de zorgplicht van de werkgever ter voorkoming van dit letsel op dezelfde wijze moet worden ingevuld. In het civiele recht geldt in dit opzicht het uitgangspunt dat de werkgever niet alleen de geschreven publiekrechtelijke normen moet naleven, maar dat hij maatregelen dient te treffen ter voorkoming van de verwezenlijking van alle voor hem kenbare gevaren, een en ander voor zover dit redelijkerwijs van hem gevergd kan worden. De werkgever heeft hierbij een eigen onderzoeksplicht. Hij moet aan de hand van de wetenschap en techniek in kaart brengen welke risico's er in zijn onderneming bestaan en moet vervolgens maatregelen treffen om de realisatie van die risico's zoveel mogelijk tegen te gaan.⁵² Deze verplichting geldt niet alleen voor fysiek letsel, maar ook voor psychische ziekten.

49 TAR 2004, 141 (mishandelde medewerker Sociale Dienst).

50 HR 11 maart 2005, JAR 2005, 84; RvdW 2005, 37 (ABN AMRO/Nieuwenhuys). Zie verder § 3.2.

51 Zie verder § 3.2.2.

52 Vgl. onder meer L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten* (diss. Utrecht), Deventer 1988, p. 215 en p. 325 en S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer 2000, p. 33; HR 14 april 1978, NJ 1979, 245 (Messaoudi/Hoechst); HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 684 met noot JBMV (Cijssouw II) en verschillende andere arresten.

HOOFDSTUK 4

In het ambtenarenrecht is het nog niet geheel duidelijk in hoeverre een eigen onderzoeksplicht van de werkgever wordt aangenomen, naast zijn verplichting om publiekrechtelijke normen na te leven. De CRvB heeft zich hier nog niet expliciet over uitgelaten. Wel heeft de CRvB in sommige uitspraken aangegeven dat de werkgever maatregelen moest treffen om onveilige situaties uit te bannen, ook al bestonden er geen expliciete geschreven regels in dit opzicht.⁵³ Ook dient een werkgever zijn eigen beleid na te leven.⁵⁴ Daarentegen heeft de CRvB ook wel geoordeeld dat een bepaalde ziekte niet als een beroepsziekte kon worden aangemerkt, omdat uit een onderzoek van de Arbodienst onder meer bleek dat de gemiddelde MAC-waarden⁵⁵ niet werden overschreden en dat ook kortdurende piekbelasting binnen aanvaardbare marges bleek.⁵⁶ Kennelijk vond de CRvB in deze zaak dat de werkgever op het onderzoek van de Arbodienst mocht afgaan en dat geen nader eigen onderzoek noodzakelijk was.⁵⁷ Al met al zijn nog geen duidelijke conclusies uit de rechtspraak van de CRvB te trekken op dit punt. Het lijkt mij echter niet voor de hand te liggen dat de CRvB ten aanzien van de onderzoeksplicht van de werkgever wezenlijk zou afwijken van de koers van de civiele rechter, nu de CRvB immers expliciet aansluiting zoekt bij de norm van artikel 7:658 BW en deze ook in meerdere uitspraken op vergelijkbare wijze invult als de civiele rechter.⁵⁸ Anderzijds heeft de CRvB zich in het verleden wel vaker relatief terughoudend opgesteld ten opzichte van de ambtenaar met letsel, zodat zekerheid in dit opzicht niet valt te bieden.⁵⁹

Zou in de toekomst blijken dat de CRvB een minder verstrekkende zorgplicht van de overheidswerkgever aanneemt, in het bijzonder daar waar het gaat om de naleving van ongeschreven verplichtingen, dan zal dit belangrijke consequenties kunnen hebben voor de vergoeding van psychisch letsel. In dat geval zal psychisch letsel van een ambtenaar minder snel dan psychisch letsel van een werknemer op de voet van (de norm van) artikel 7:658 BW voor vergoeding in aan-

53 Zie CRvB 22 november 2001, *TAR* 2002, 38 (Van der Hoef/Staatssecretaris van Financiën) en CRvB 12 september 2002, *TAR* 2003, 24 (geslipte politie-Porsche).

54 Vgl. CRvB 1 juli 2004, *TAR* 2004, 141.

55 Dit zijn regels die voorschrijven in welke mate blootstelling aan gevaarlijke stoffen is toegestaan.

56 CRvB 19 september 2002, *JB* 2002, 339 m.nt. Van Maanen (Birdshot).

57 Zie hierover K. Festen-Hoff, "De CRvB en bedrijfsongevallen en beroepsziekten, ontwikkelingen sinds 22 juni 2000", *SMA* 2003, p. 532.

58 Vgl. onder meer CRvB 22 november 2001, *TAR* 2002, 38 (Van der Hoef/Staatssecretaris van Financiën) en CRvB 12 september 2002, *TAR* 2003, 24 (geslipte politie-Porsche). Zie verder Festen-Hoff, *SMA* 2003, p. 532 en 540.

59 Zie voor een bespreking van een aantal van dergelijke uitspraken: G.E. van Maanen, "De rechtspositie van de ambtenaar bij arbeidsongevallen en beroepsziekten" in *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, red. M. Faure en T. Hartlief, Den Haag 2001, p. 31-45.

merking komen. Een dergelijke ontwikkeling lijkt echter weinig waarschijnlijk. Eerder lijkt het omgekeerde het geval, nu de CRvB reeds eerder dan de Hoge Raad oordeelde dat op de voet van de norm van artikel 7:658 BW schadevergoeding kan worden toegekend voor psychisch letsel,⁶⁰ en hij de norm van artikel 6:170 BW reeds als grondslag voor schadevergoeding voor psychisch letsel heeft gebruikt, terwijl de Hoge Raad zich daarover nog niet heeft uitgesproken.⁶¹

4.3 Verdeling van stelplicht en bewijslast bij de norm van artikel 7:658 BW

4.3.1 *Algemene aspecten van de bewijslastverdeling bij de toepassing van de norm van artikel 7:658 BW in het ambtenarenrecht*

Hoewel de CRvB in zijn uitspraak van 22 juni 2000 en in latere uitspraken heeft aangegeven dat de ambtenaar recht heeft op vergoeding van de schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoont dat het zijn zorgplicht is nagekomen dan wel dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar, betekent dit niet, anders dan men misschien zou verwachten, dat de CRvB daarmee ook de bewijslastverdeling overneemt, zoals de civiele rechter die hanteert in het kader van artikel 7:658 BW. De CRvB heeft namelijk in een uitspraak van 19 september 2002 expliciet aangegeven zich niet gebonden te achten aan de omkering van de bewijslast bij het bewijs van causaal verband op het moment dat vaststaat dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn zorgplicht.⁶² De CRvB overwoog in deze zaak als volgt:

“In de bewoordingen “in de uitoefening van zijn werkzaamheden” is tot uitdrukking gebracht dat er tussen de uitoefening van de werkzaamheden en de schade causaal verband moet bestaan. Volgens vaste rechtspraak van de Raad (zie CRvB 23 maart 1998, TAR 1998, 78) acht de Raad een dergelijk causaal verband (eerst) aanwezig indien er een voldoende mate van waarschijnlijkheid bestaat dat de werkzaamheden en/of werkomstandigheden van de betrokken ambtenaar de bij die ambtenaar aan het licht getreden ziekte daadwerkelijk hebben veroorzaakt. (...) Naar het oordeel van de Raad is het aan appellante om aannemelijk te maken dat zij schade heeft geleden in de uitoefening van haar werkzaamheden door feiten en omstandigheden aan te dragen waaruit blijkt dat sprake is van voldoende mate van waarschijnlijkheid als onder 2.3.2. bedoeld. (...) De Raad volgt appellante niet in de door haar met verwijzing naar jurisprudentie van de Hoge Raad betrokken stelling dat zij kan volstaan met de stelling dat zij is blootgesteld aan methanol, waarna op gedaagde de verplichting rust aan te tonen dat hij de nodige veiligheidsmaatregelen heeft getroffen ter voorkoming van schade-

60 Namelijk in de uitspraak van 1 juli 2004, TAR 2004, 141, terwijl de Hoge Raad zich daarover pas op 11 maart 2005 heeft uitgesproken: HR 11 maart 2005, JAR 2005, 84; RvdW 2005, 37 (ABN AMRO/Nieuwenhuys).

61 Zie CRvB 26 mei 2004, TAR 2005, 19. Uiteraard dient de Hoge Raad wel de gelegenheid te krijgen zich hierover uit te spreken doordat een geschikte casus aan hem wordt voorgelegd.

62 CRvB 19 september 2002, JB 2002, 339 m.nt. Van Maanen (Birdshot).

HOOFDSTUK 4

lijke gevolgen van deze blootstelling. Met betrekking tot de door appellante in dit verband genoemde arresten van de Hoge Raad merkt de Raad op zich, gegeven de verschillen in stel- en bewijsplicht van partijen in het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht, daaraan niet gebonden te achten.”

In de literatuur is naar aanleiding van deze uitspraak opgemerkt dat de Hoge Raad in deze zaak waarschijnlijk tot eenzelfde oordeel zou zijn gekomen omdat de enkele blootstelling aan methanol nog geen tekortkoming oplevert en er daarom onvoldoende grond zou zijn geweest voor een omkering van de bewijslast ten aanzien van het causaal verband tussen blootstelling en oogziekte.⁶³ Daarbij is wel kritiek geuit op het feit dat de CRvB de bewijslastverdeling zoals de Hoge Raad die hanteert, zo nadrukkelijk van de hand wijst.⁶⁴ Overigens doet niet alleen de CRvB dat. Ook in twee uitspraken van de rechtbank 's-Gravenhage werd de omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband niet toegepast in situaties waarin de civiele rechter dit waarschijnlijk wel had gedaan, maar werd van de betrokken ambtenaren verlangd dat zij aantoonen dat zij daadwerkelijk ziek waren geworden als gevolg van blootstelling aan een bepaalde stof.⁶⁵ Ook relevant is een uitspraak van de CRvB van 28 maart 2002,⁶⁶ waarin het verzoek om schadevergoeding van de weduwe van een machinist die door longkanker was overleden, werd afgewezen, omdat door de weduwe onvoldoende zou zijn aangetoond dat de longkanker daadwerkelijk het gevolg was van blootstelling aan asbeststof, dit terwijl vaststond dat de machinist in elk geval in geringe mate aan asbestvezels blootgesteld was geweest. Het lijkt waarschijnlijk dat de civiele rechter in dit geval, waarin de tekortkoming dus min of meer vast stond (alleen over de ernst ervan bestond discussie), wel zou zijn overgegaan tot een omkering van de bewijslast van het causaal verband tussen blootstelling en ziekte.

De ambtenarenrechter lijkt aldus niet erg geneigd te zijn om een ambtenaar met een beroepsziekte tegemoet te komen bij diens bewijslast van het oorzakelijk verband tussen ziekte en werkzaamheden. In dit verband is het bepaalde in artikel 4:2 Awb van belang. Lid 2 van dit artikel verplicht degene die om een beschikking vraagt om de gegevens en bescheiden te verschaffen die voor de beslissing

63 Van Maanen, *JB* 2002, 339. Zie ook Castermans, 2003, p. 123. Kritisch is L. Bier, “De schade van de ambtenaar”, *Verkeersrecht* 2002, p. 377-379.

64 Vgl. Van Maanen, *JB* 2002, 339; Castermans, 2003, p. 123; Bier, *Verkeersrecht* 2002, p. 377-378; Festen-Hoff, *SMA* 2003, p. 534-536; Koetser, 2003, p. 126.

65 Het ging respectievelijk om een ambtenaar die stelde vitiligo te hebben opgelopen door blootstelling als schilder aan chemische stoffen en om een ambtenaar die stelde tijdens zijn uitzending naar Joegoslavië blootgesteld te zijn geweest aan toxische stoffen aldaar. Beide verzoeken om schadevergoeding werden afgewezen en de beroepen daartegen ongegrond verklaard: Rb. 's-Gravenhage 11 oktober 2002, *TAR* 2003, 27 en Rb. 's-Gravenhage 25 oktober 2002, *TAR* 2003, 28.

66 CRvB 28 maart 2002, nr. 99/1214 MAW, *LJN* AE 1327.

op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking heeft.⁶⁷ In drie van de vier hiervoor besproken uitspraken werd dit artikel door de bestuursrechter aangehaald. Kennelijk waren de rechters van oordeel dat de ambtenaren niet aan het vereiste van dit artikel hadden voldaan. Daarom was er in hun optiek geen grond om de bewijslast ten aanzien van het causaal verband tussen de blootstelling aan bepaalde stoffen en de ziekte van de ambtenaren geheel of gedeeltelijk naar de werkgever te verschuiven en evenmin om de werkgever te verplichten om nadere informatie te verstrekken over de stoffen op de grond dat dit meer in zijn sfeer lag, zoals in de civiele rechtspraak wel gebruikelijk is.⁶⁸ Expliciet in dit opzicht is voorts de rechtbank 's-Hertogenbosch in een uitspraak van 5 augustus 2004.⁶⁹ De rechtbank overweegt dat een bestuursorgaan weliswaar de nodige kennis moet vergaren omtrent de relevante feiten in een bepaalde zaak, maar dat de verplichting van een ambtenaar om het bestuursorgaan voldoende aanknopingspunten te bieden om op zinvolle wijze een onderzoek te kunnen instellen naar de beweerdde blootstelling aan een bepaalde gevaarlijke stof, "voorop staat".

De ambtenaar lijkt dus een zwaardere stelplecht en bewijslast te hebben ten aanzien van het causaal verband tussen werk en letsel (in elk geval waar het gaat om letsel door een beroepsziekte) dan de werknemer in het civiele recht. Daar staat wel tegenover dat een ambtenaar het gemakkelijker heeft in de aansprakelijkheidsprocedure als eerder al op grond van de rechtspositieregeling is vastgesteld dat sprake is van een dienstongeval of beroepsziekte. Is dat eenmaal gebeurd, dan kan een ambtenaar in een procedure gegrond op de norm van artikel 7:658 BW in beginsel niet meer worden tegengeworpen dat er geen causale relatie bestaat tussen ongeval/ziekte en werkzaamheden. Het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb staat er namelijk aan in de weg dat het bestuursorgaan bij latere beslissingen afwijkt van zijn overwegingen bij eerdere beslissingen.⁷⁰ Overigens is het wel primair aan de ambtenaar om het bestaan van een dienstongeval of beroepsziekte aannemelijk te maken.⁷¹ In die zin ligt de primaire bewijslast van het aantonen van de causale relatie tussen ziekte en werk ook hier bij de ambtenaar.

67 Bovendien zou een ambtenaar, die een beroep doet op hem begunstigende regels, de relevante feiten moeten aanvoeren en zo nodig bewijzen. Zie Festen-Hoff, p. 534 en noot 24.

68 Zie onder andere HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 596 m.nt. DA; *JAR* 2000, 261 (Unilever/Dikmans).

69 Rb. 's-Hertogenbosch 5 augustus 2004, nr. AWB 00/3795 AW, *LJN* AQ8682.

70 Vgl. CRvB 21 maart 2002, *TAR* 2002, 109 (levend stratego).

71 Vgl. CRvB 29 juni 2000, *TAR* 2000, 116 en Castermans, 2003, p. 124. Zie verder CRvB 19 februari 2004, nr. 01/3131 AW en 01/3133 AW, *LJN* AO4184 onder 2.2.

HOOFDSTUK 4

4.3.2 *Bewijslastverdeling bij psychisch letsel*

Hetgeen in § 4.3.1 meer in het algemeen is opgemerkt, geldt uiteraard ook indien de ambtenaar onder verwijzing naar de norm van artikel 7:658 BW vergoeding van psychisch letsel vraagt. Ook dan geldt als uitgangspunt dat de bestuursrechter vrij is in de bewijslastverdeling en niet is gebonden aan de civielrechtelijke regels.⁷² De terughoudendheid die de ambtenarenrechter ten toon spreidt ten aanzien van het eventueel naar de werkgever verschuiven van de bewijslast van het causaal verband tussen tekortkoming en letsel, kan voor een psychisch zieke ambtenaar de nodige problemen opleveren. Indien hij niet enigszins tegemoet wordt gekomen bij zijn bewijslast van het causaal verband tussen ziekte en werk, ook niet in het geval dat vaststaat dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen en dat het letsel daarvan het gevolg is, dan betekent dit dat hij steeds ten volle moet bewijzen dat hij psychisch ziek is geworden als gevolg van de werkzaamheden. Zoals in § 3.6.6 reeds is uiteengezet, kan dat een zware bewijslast zijn.

De bewijslast van de ambtenaar is wel lichter als reeds in een eerdere fase is vastgesteld dat sprake is van een psychische beroepsziekte. Dit kan het geval zijn als een ambtenaar heeft verzocht om toekenning van rechtspositionele voorzieningen op de grond dat hij ziek is geworden door het werk. Wordt in dat verband vastgesteld dat inderdaad sprake is van een werkgerelateerde ziekte, dan kan dit bewijs worden ingebracht in de procedure over aansprakelijkheid van de werkgever voor restschade. Zoals in hoofdstuk 5 zal worden besproken, is het voor een ambtenaar echter niet steeds eenvoudig om aannemelijk te maken dat hij aan een psychische beroepsziekte lijdt. In veel gevallen wordt dat door de rechter pas aangenomen als voldoende duidelijk is geworden dat de werkgever zijn verplichtingen jegens de ambtenaar niet heeft nageleefd. Het is bovendien vooral aan de ambtenaar om in dit opzicht voldoende feiten aan te voeren.⁷³ Zo bezien is het verschil tussen de toetsing die plaatsvindt op basis van de rechtspositieregeling en die in een procedure over een schadebesluit gering. In beide gevallen lijkt van de ambtenaar verlangd te worden dat hij zowel aantoonst dat hij psychisch ziek is geworden door het werk, alsook – al dan niet als onderdeel van het bewijs van

72 Zie B.J. Schueler, "Bewijs" in *Bestuursprocesrecht*, Deventer 1999, p. 595 e.v. Achtergrond hiervan is dat de bestuursrechter geacht wordt een actieve en onderzoekende rol te spelen en zo nodig de feiten en rechtsgronden aan te vullen. Dit moet hij doen omdat het algemeen belang veelal direct is betrokken bij een bestuursrechtelijk geschil en partijen dit niet opzij moeten kunnen schuiven door hierover niets te stellen. Daarnaast kan een procedure gevolgen hebben voor het belang van derden. Ook daar dient de bestuursrechter zo nodig op te letten.

73 Zie CRvB 29 juni 2000, TAR 2000, 116; CRvB 19 februari 2004, nr. 01/3131 AW en 01/3133 AW, LJN AO4184 onder 2.2 en Castermans, 2003, p. 124.

het causaal verband – dat zijn werkgever zijn zorgplicht in onvoldoende mate heeft nageleefd.⁷⁴

Overigens zal ook de werknemer in de marktsector, zoals besproken in § 3.6.7, er in de meeste gevallen niet aan ontkomen om, ook indien vaststaat dat zijn werkgever een verplichting ter voorkoming van psychische ziekte niet heeft nageleefd, het een en ander te stellen over de causale relatie tussen ziekte en werk, al is het alleen maar omdat de definitieve bewijslast van het causaal verband tussen tekortkoming en ziekte alleen dan naar de werkgever wordt verschoven als het bestaan van een dergelijke causale relatie feitelijk aannemelijk is. In die zin moet het verschil tussen ambtenaar en werknemer dus niet te zwaar worden aanzet.

4.4 Toerekening naar redelijkheid en eigen schuld

Niet alleen de bewijslastverdeling ten aanzien van het conditio sine qua non-verband tussen tekortkoming en schade wordt door de CRvB op eigen wijze ingevuld, maar ook het leerstuk van de toerekening van artikel 6:98 BW. De CRvB lijkt weinig onderscheid te maken tussen het vereiste van conditio sine qua non-verband en de toerekening van artikel 6:98 BW.⁷⁵ Zo overwoog de CRvB in een uitspraak van 14 maart 2002 dat een verzoek om schadevergoeding alleen kan worden ingewilligd als de gestelde schade in een zodanig verband staat met het vernietigde besluit dat zij het bestuursorgaan, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade, als een gevolg van dat besluit kan worden toegerekend.⁷⁶ In een uitspraak van 5 september 2002 oordeelde de CRvB dat de vraag aan de orde was of de door een militair geleden schade (verwijdering van zijn linker long als gevolg van kanker) volledig aan de Koninklijke Marine was toe te rekenen wegens blootstelling van de militair aan asbest of gelijkelijk een gevolg was van het roken van de militair, zijnde een omstandigheid die aan hem kon worden toegerekend. Vervolgens stelde de CRvB echter dat de Marine aannemelijk moest maken dat het door haar niet vergoede gedeelte van de schade (dat volgens de Marine aan het roken was toe te schrijven) ook zou zijn ontstaan zonder de asbestblootstelling. Zou de Marine niet in dat bewijs slagen, dan zou zij de volledige schade moeten vergoeden. De CRvB zette de vraag naar de toerekening van schade aan één van beide partijen aldus in de sleutel van een omke-

74 Teneinde in aanmerking te komen voor rechtspositionele voorzieningen hoeft in beginsel alleen vast te staan dat een ziekte het gevolg is van het werk. Zoals in hoofdstuk 5 nader zal worden toegelicht, wordt bij psychische beroepsziekten het bestaan van een dergelijk causaal verband eigenlijk alleen maar aangenomen in gevallen waarin duidelijk is dat de werkgever tekort is geschoten in de nakoming van zijn zorgplicht.

75 Zie ook B. J. van Ettekoven en B. Schueler, "De Centrale Raad van Beroep en de aansluiting bij het civiele aansprakelijkheidsrecht" in *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag 2003, p. 165-166 en Koetser, 2003, p. 110.

76 CRvB 14 maart 2002, AB 2002, 238.

HOOFDSTUK 4

ring van de bewijslast ten aanzien van het conditio sine qua non-verband. Aldus werd ook in deze uitspraak geen onderscheid gemaakt tussen conditio sine qua non-verband en toerekening als bedoeld in artikel 6:98 BW.⁷⁷

Met betrekking tot eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW heeft de CRvB duidelijk gemaakt deze, in navolging van het bepaalde in artikel 7:658 BW, alleen aan de ambtenaar te zullen toerekenen als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid.⁷⁸ Voor een verdeling van letselschade op de voet van artikel 6:101 BW lijkt de CRvB vooralsnog niet veel te voelen.⁷⁹ De CRvB heeft zich hier echter nog niet expliciet over uitgesproken.

Voor de vergoeding van psychisch letsel betekent voorgaande dat het vooralsnog niet duidelijk is hoe de bestuursrechter met toerekeningsvraagstukken op dit vlak zal omgaan. Het enige dat duidelijk is dat ook de CRvB eigen schuld aan het ontstaan van een ziekte of ongeval alleen dan aan de ambtenaar toerekent als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Daarmee is echter niet gezegd dat de CRvB in de toekomst nimmer tot een verdeling van schade zal komen bijvoorbeeld in een situatie waarin een ziekte of ongeval deels het gevolg is van in het werk gelegen factoren en deels van privé-omstandigheden.

4.5 Schade⁸⁰

Bij de toekenning van schadevergoeding bij een zelfstandig schadebesluit zoekt de bestuursrechter aansluiting bij het civiele schadevergoedingsrecht, dat wil zeg-

77 CRvB 5 september 2002, *TAR* 2002, 22 (Roosien/Staat). Dit oordeel van de CRvB was ook daarom opmerkelijk omdat door de Koninklijke Marine reeds aansprakelijkheid was erkend en partijen alleen nog twistten over de vraag welk gedeelte van de schade voor rekening van welke partij kwam. De CRvB ging echter de aansprakelijkheidsvraag als zodanig opnieuw beantwoorden door zich over het conditio sine qua non-verband te buigen.

78 CRvB 12 september 2002, *TAR* 2003 24 (geslipte Porsche). Zie ook Rb. 's-Gravenhage 17 oktober 2002, *TAR* 2002, 170 (Libanon).

79 Afgaand op de uitspraak in Roosien/Staat: CRvB 5 september 2002, *TAR* 2002, 22.

80 Aan het aansprakelijkheidsvereiste 'relativiteit' wordt hier niet apart aandacht besteed, nu dit vereiste noch in de rechtspraak van de CRvB noch in de lagere rechtspraak van de ambtenarenrechter tot nog toe een rol speelt. In de literatuur wordt wel aangenomen dat, nu de CRvB aansluiting zoekt bij het civiele onrechtmatige daadsrecht, dit niet alleen geldt voor de criteria onrechtmatigheid, causaal verband en schade, maar ook voor het relativiteitsvereiste (B.J. Schueler, "Schadevergoeding voor ambtenaren onder de Awb", *TAR* 1998, p. 331), maar in de praktijk is, in elk geval waar het gaat om werkgeversaansprakelijkheid, de betekenis ervan gering. Alleen bij shockschade is het vereiste wel relevant. In hoofdstuk 11 zal hierop nader worden ingegaan.

gen bij titel 10 van boek 6 BW.⁸¹ De schade wordt dus op dezelfde wijze begroot als in het civiele recht.⁸² Met betrekking tot immateriële schade volgt de ambtenarenrechter het bepaalde in artikel 6:106 BW. Voor een ambtenaar met geestelijk letsel betekent dit dat hij hiervoor alleen schadevergoeding kan verkrijgen indien sprake is van een aantasting van de persoon. Hiervoor is naar vaste rechtspraak van de CRvB, welke rechtspraak aansluit op die van de civiele rechter, onvoldoende dat sprake is van 'psychisch onbehagen' of een 'zich psychisch gekwetst voelen', maar is een daadwerkelijke psychische ziekte vereist.⁸³ Dat van een daadwerkelijke psychische ziekte sprake is, lijkt alleen dan te worden aangenomen als psychiatrische rapportage voorhanden is.⁸⁴

4.6 Vergoeding van psychisch letsel op grond van (de norm van) artikel 6:170 BW

De CRvB heeft in zijn rechtspraak niet alleen aansluiting gezocht bij de norm van artikel 7:658 BW, maar ook bij die van artikel 6:170 BW. In een uitspraak van 25 oktober 2001⁸⁵ oordeelde de CRvB in dit opzicht als volgt:⁸⁶

"Het bestuursorgaan is eveneens gehouden tot vergoeding van schade die een gevolg is van een aan het bestuursorgaan toe te rekenen optreden van een ander indien – aansluiting zoekend bij het in artikel 6:170 van het BW tot uitdrukking gebracht beginsel inzake de aansprakelijkheid voor ondergeschikten – deze schade is veroorzaakt door een als een onrechtmatige gedraging aan te merken fout van een onder de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan of van een ander tot de betrokken rechtspersoon behorend bestuursorgaan werkzame persoon, indien de kans op de fout is vergroot door de taakopdracht aan die persoon en indien dat bestuursorgaan of een ander tot bedoelde rechtspersoon behorend bestuursorgaan, zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen."

In latere uitspraken heeft de CRvB deze regel herhaald.⁸⁷ De CRvB zoekt dus ook dit punt aansluiting bij het civiele recht. Niet geheel duidelijk is overigens

81 Zie M.J.S. Korteweg-Wiers, M. Dijk, P.M.B. Schrijvers, J.P.A.F. Vriens, *Hoofdlijnen van het ambtenarenrecht*, Alphen aan den Rijn 1998, p. 314 e.v.

82 Hetgeen is opgemerkt in § 3.9.1 tot en met § 3.9.4 is dus ook hier relevant.

83 Zie onder meer CRvB 7 augustus 2003, TAR 2003, 189.

84 Zie met name CRvB 7 augustus 2003, TAR 2003, 189. Zie naar aanleiding hiervan P.J. Schaap, "Vergoeding van immateriële schade, annotatie bij CRvB 7 augustus 2003, nr. 189", TAR 2004, p. 133.

85 CRvB 25 oktober 2001, TAR 2001, 326; AB 2002, 27 m.nt. Hennekens (tractorstang).

86 In de lagere rechtspraak was dit artikel al eerder toegepast: zie Rb. 's-Gravenhage 2 februari 2001, TAR 2001, 136.

87 Zie onder meer CRvB 19 september 2002, TAR 2003, 26 (gekantelde viertonner) en CRvB 26 mei 2004, TAR 2005, 19 (intimidatie door leidinggevende).

HOOFDSTUK 4

waarom de CRvB artikel 6:170 BW niet rechtstreeks toepast. Artikel 7:615 BW staat hieraan niet in de weg, nu dit artikel slechts bepaalt dat de arbeidsrechtelijke bepalingen van titel 10 van Boek 7 BW niet van toepassing zijn op ambtenaren. Voor de algemeen verbintenisrechtelijke bepalingen van boek 6 BW geldt dit niet. De CRvB zou deze rechtstreeks kunnen toepassen, zoals de Hoge Raad in het verleden ook wel heeft gedaan.⁸⁸ De CRvB kiest echter voor een analoge toepassing, kennelijk vanuit de gedachte dat, nu de regeling van artikel 6:170 BW geen deel uitmaakt van de rechtspositieregelingen van ambtenaren, een rechtstreekse toepassing van dit artikel niet mogelijk is.⁸⁹

(De norm van) artikel 6:170 BW kan, blijkens een uitspraak van de CRvB van 26 mei 2004, ook de basis vormen voor aansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel van een ambtenaar als gevolg van pesten en intimidatie door een leidinggevende.⁹⁰ In deze uitspraak oordeelde de CRvB dat de overheidswerkgever ten onrechte het verzoek van een ambtenaar om vergoeding van schade als gevolg van een depressie had afgewezen. Naar het oordeel van de CRvB was de werkgever voor de gevolgen van de depressie van de ambtenaar aansprakelijk op de voet van artikel 6:170 BW, omdat de depressie was veroorzaakt door onrechtmatig handelen van de leidinggevende van de ambtenaar, over welk handelen de werkgever zeggenschap had. De werkgever was bovendien al jarenlang bekend met de handelwijze van de leidinggevende en met de schadelijke gevolgen daarvan, maar had pas toen de ambtenaar al ziek was maatregelen genomen ten aanzien van de leidinggevende.

Blijkens deze uitspraak acht de CRvB aansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel toegebracht door een collega of leidinggevende op grond van artikel 6:170 BW zonder meer mogelijk indien aan de vereisten, zoals gesteld in dat artikel, wordt voldaan. De CRvB vervult in dit opzicht een voorttrekkersrol in vergelijking met de civiele rechter. Deze heeft zich tot dusver nog vrijwel niet uitgelaten over mogelijkheden en onmogelijkheden van aansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel van een werknemer op grond van artikel 6:170 BW.⁹¹

Nog niet duidelijk is hoe de CRvB zal omgaan met eigen schuld van een ambtenaar die (psychisch) letsel heeft opgelopen door toedoen van een collega. Het ligt voor de hand dat de CRvB, evenals de Hoge Raad in het openstaande lade-

88 HR 21 mei 1937, *NJ* 1937, 638 m.nt. Meijers.

89 Aldus de CRvB in zijn uitspraak van 18 juni 1985, *TAR* 1985, 181. Kritisch hierover is Festen-Hoff, *SMA* 2003, p. 537, die terecht opmerkt dat de rechtspositieregelingen ook geen recht geven op volledige schadevergoeding bij arbeidsongevallen en beroepsziekten, maar dat een dergelijk recht in de jurisprudentie reeds sinds jaar en dag wordt aanvaard. Ten aanzien van art. 6:170 BW zou de CRvB daarom eenzelfde redenering kunnen volgen.

90 CRvB 26 mei 2004, *TAR* 2005, 19.

91 Zie § 3.10.

arrest,⁹² eigen schuld ook alleen aan een arbeidsongeschikt geworden ambtenaar zal toerekenen als aan deze opzet of bewuste roekeloosheid valt te verwijten als bedoeld in artikel 7:658 BW. In de lagere rechtspraak is van een dergelijke toepassing reeds een enkel voorbeeld te vinden.⁹³ In dat geval dient naar mijn mening ook in het ambtenarenrecht, evenals in het civiele recht, tot uitgangspunt te worden genomen dat de beperking van eigen schuld tot opzet of bewuste roekeloosheid beperkt moet blijven tot eigen schuld in het kader van de werkzaamheden en dat eigen schuld in de zin van privé-oorzaken die aan het ontstaan van (psychisch) letsel hebben bijgedragen, aan de ambtenaar zelf moeten worden toegerekend.⁹⁴

4.7 Vergoeding van psychisch letsel op grond van artikel 6:162 BW

In sommige gevallen toetst de bestuursrechter niet aan de norm van artikel 7:658 BW, maar aan artikel 6:162 BW. Voorbeelden daarvan zijn de in § 4.2.3 besproken uitspraken van de rechtbank 's-Gravenhage van respectievelijk 9 april 2001⁹⁵ en 15 juni 2001.⁹⁶ In die uitspraken paste de rechtbank artikel 6:162 BW toe, omdat zij van mening was dat de norm van artikel 7:658 BW niet van toepassing was. Artikel 6:162 BW vervulde daarmee een rol die enigszins vergelijkbaar is met die van artikel 7:611 BW in het civiele recht. Niet duidelijk is echter of ook de CRvB een dergelijke functie aan artikel 6:162 BW wil toekennen. De CRvB heeft zich daar tot dusver niet expliciet over uitgelaten.⁹⁷

Op artikel 6:162 BW wordt in het ambtenarenrecht voorts met enige regelmaat een beroep gedaan ter verkrijging van een vergoeding van immateriële schade, in combinatie met het bepaalde in artikel 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW. In de rechtspraak is in dit opzicht onder meer schadevergoeding toegekend aan een ambtenaar die psychisch ziek was geworden na een, naar later bleek, onterechte beschuldiging van aanranding en verkrachting van een collega, en na schorsing en ontslag om die reden,⁹⁸ en aan een ambtenaar die jarenlang werd gediscrimineerd door collega's en leidinggevend, zonder dat van hogerhand werd ingegrepen.⁹⁹ Daarentegen werd het verzoek om smartengeld van een ambtenaar die

92 HR 9 november 2001, *NJ* 2002, 79 m.nt. PAS.

93 Rb. Rotterdam 6 augustus 2003, *Letsel & Schade* 2003 nr. 3, p. 37-40 (nr. 63).

94 Zie verder § 3.8.

95 *TAR* 2001, 83.

96 *TAR* 2001, 103.

97 In de uitspraak van 29 juni 2000, *TAR* 2000, 116 m.nt. Festen-Hoff heeft de CRvB wel, althans zo lijkt het, aan een algemeen onrechtmatigheidscriterium getoetst in plaats van aan de norm van art. 7:658 BW. De CRvB heeft daarbij echter niet duidelijk gemaakt of dit een bewuste afweging was. Zie verder § 4.2.3.

98 CRvB 7 augustus 2003, *TAR* 2003, 189.

99 CRvB 6 februari 2004, *TAR* 2004, 62.

HOOFDSTUK 4

zich had geprikt aan een mogelijk besmette injectienaald en vreesde besmet te zijn met het hepatitis B-virus afgewezen omdat niet aannemelijk was gemaakt dat sprake was van een psychische ziekte.¹⁰⁰ Ook een ambtenaar die ten onrechte was beschuldigd van fraude kreeg geen smartengeld, omdat haar geestelijk letsel, naar het oordeel van de CRvB, niet zozeer het gevolg was van de beschuldiging als wel van problemen in de familiesfeer.¹⁰¹

In al deze uitspraken werd aan artikel 6:162 BW getoetst en niet aan de norm van artikel 7:658 BW. De vraag of de norm van artikel 7:658 BW van toepassing zou kunnen zijn, is, voor zover mij bekend, ook in geen van deze zaken gesteld. Niettemin zou toepassing van de norm van artikel 7:658 BW niet ondenkbaar zijn geweest in die gevallen waarin door de werkgever een concreet voorschrift was geschonden dat strekte ter voorkoming van psychisch letsel. Bijvoorbeeld in de zaak van de ambtenaar die ziek was geworden na jarenlange discriminatie, culminerend in een onterecht ontslag dat pas na meerdere procedures werd herroepen, was toepassing van de norm van artikel 7:658 BW mijns inziens goed mogelijk geweest, omdat daarbij een concreet voorschrift was geschonden (gij zult niet discrimineren) en het voorzienbaar was dat de jarenlange ernstige discriminatie psychische ziekte teweeg zou brengen. In de zaken van de ten onrechte beschuldigde ambtenaren lag toepassing van de norm van artikel 7:658 BW wellicht minder voor de hand, omdat de norm 'gij zult geen onterechte beschuldiging uiten' voornamelijk de strekking heeft om te waarborgen dat een werknemer fatsoenlijk behandeld wordt en niet zozeer om letsel te voorkomen, en omdat het wellicht ook niet in de rede lag dat de beschuldigingen tot psychische ziekte zouden leiden (een ook beschuldigde collega was bijvoorbeeld niet ziek geworden), hoewel hierover ook anders gedacht kan worden.

Hoe dan ook lijkt me dat, uitgaande van de opvatting dat er geen reden is om ambtenaren minder of meer bescherming te bieden tegen werkgerelateerd letsel dan werknemers in de marktsector, eenzelfde invulling van (de norm van) artikel 7:658 BW en artikel 6:162 BW/7:611 BW op zijn plaats is. Artikel 6:162 BW kan in dit verband worden gebruikt als grondslag voor de aansprakelijkheid voor psychische ziekten als gevolg van schending door de werkgever van minder concrete, meer diffuse voorschriften bij niet-naleving waarvan het ontstaan van letsel niet direct in de rede ligt. Tot dergelijke voorschriften moeten dan in het bijzonder voorschriften voor het nemen van zorgvuldige personeelsbeslissingen worden gerekend.

4.8 Processuele verschillen tussen civiele en bestuursrechtelijke procedure

Zoals blijkt uit voorgaande paragrafen geldt, inhoudelijk gezien, voor de overheidswerkgever vrijwel dezelfde norm als voor de werkgever in de civiele sector. Ook in de overheidssector wordt de norm van artikel 7:658 BW toegepast. Verder

100 Rb. 's-Gravenhage 7 maart 2003, *TAR* 2003, 67.

101 CRvB 27 september 2001, *TAR* 2002, 2.

wordt in sommige gevallen, waarin het niet duidelijk is of een verplichting als bedoeld in artikel 7:658 BW aan de orde is, uitgeweken naar een minder scherpe norm, namelijk die van artikel 6:162 BW, hoewel in dit opzicht nog geen heldere regel kan worden gegeven. Verder kan ook een ambtenaar een beroep doen op (de norm van) artikel 6:170 BW in die gevallen waarin hij letsel heeft opgelopen door onrechtmatig handelen van een collega.

In processueel opzicht zijn er echter meerdere verschillen tussen de rechtspositie van de ambtenaar en die van de werknemer. Het belangrijkste verschil is dat de bestuursrechter zich niet gebonden acht aan de bewijsregels die artikel 7:658 BW kent met betrekking tot de schending van de zorgplicht en het bestaan van causaal verband tussen werk en letsel en tussen schending van de zorgplicht en letsel. Een rechtvaardiging hiervoor is moeilijk te bedenken. Weliswaar is de bestuursrechter gebonden aan de voorschriften uit de Algemene wet bestuursrecht, maar niets staat er aan in de weg dat hij deze uitlegt op een met het systeem van artikel 7:658 BW overeenstemmende wijze. In de literatuur wordt hiervoor ook door verschillende auteurs gepleit.¹⁰²

Daarnaast zijn er nog enige verschillen tussen de rechtspositie van de werknemer en de ambtenaar die samenhangen met de bevoegde rechter en de te volgen rechtsgang. Zo verschilt de procedure bij de bestuursrechter in die zin van de civiele procedure dat in het bestuursrecht het besluit centraal staat. Een besluit kan vernietigd worden omdat de overheidswerkgever op inhoudelijk onjuiste gronden het verzoek van een ambtenaar om schadevergoeding heeft afgewezen. Een besluit kan echter ook vernietigd worden vanwege een motiveringsgebrek of omdat de feitelijke grondslag onvoldoende wordt geacht. In het tweede geval kan de overheidswerkgever een nieuw besluit nemen waarin het verzoek van de ambtenaar wederom wordt afgewezen, doch dit keer met een betere motivering.¹⁰³ De ambtenaar is dan gedwongen om twee keer een procedure te volgen teneinde zijn 'recht' op schadevergoeding te verwezenlijken.¹⁰⁴

102 Zie onder meer Castermans, 2003, p. 125-126; Bier, *Verkeersrecht* 2002, p. 376-379; Festen-Hoff, *SMA* 2003, p. 534-536; Koetser, 2003, p. 126.

103 In het eerste geval zal wel duidelijk zijn hoe de inhoud van het nieuw te nemen besluit moet luiden.

104 Zie bijv. CRvB 16 augustus 2001, *TAR* 2001, 155 en de annotatie van P.J. Schaap bij deze uitspraak in *TAR* 2002, p. 180-182. Het strafontslag van een politieagent werd vernietigd, maar het vervolgens met ingang van dezelfde datum genomen besluit tot ontslag wegens ongeschiktheid voor de functie hield in rechte wel stand. Zie ook Rb. Arnhem 11 oktober 1996, *TAR* 1997, 6, waarin de rechtbank het besluit van de Minister van Justitie om aan de ambtenaar, werkzaam in een penitentiaire inrichting, niet het volledige salaris door te betalen na 18 maanden, vernietigt omdat het in elk geval deels op een onjuiste feitelijke grondslag en een ontoereikende motivering berust, maar daarbij "ter voorlichting van eiser" opmerkt dat een en ander niet impliceert dat aan hem daadwerkelijk een ongekorde bezoldiging moet worden uitbetaald. De minister moet in dit opzicht een nieuw besluit nemen.

HOOFDSTUK 4

Een tweede verschil tussen bestuursrechtelijke en civielrechtelijke procedures is dat een ambtenaar die het niet eens is met een besluit, daartegen eerst bezwaar moet maken bij zijn werkgever zelf, alvorens hij in beroep kan gaan bij de rechter, tenzij de werkgever instemt met het overslaan van de bezwaarfase.¹⁰⁵ Een gewone werknemer kan zich rechtstreeks tot de rechter wenden. Ten derde verschilt het bestuursrecht van het civiele recht waar het gaat om de omvang van de schadevergoeding en dan met name waar het de kosten van rechtsbijstand betreft. In het civiele recht dient de werkgever, indien hij aansprakelijk wordt gehouden voor schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft opgelopen, ook de redelijk gemaakte kosten van rechtsbijstand vergoeden. In het bestuursrecht komen dergelijke kosten, ook waar het gaat om de bezwaarfase, slechts in beperkte mate voor vergoeding in aanmerking, namelijk alleen indien een besluit van de overheidswerkgever wegens onrechtmatigheid wordt herroepen en indien deze onrechtmatigheid aan de overheidswerkgever is te wijten.¹⁰⁶ De kosten worden in dat geval bovendien niet integraal vergoed, maar volgens een forfaitair systeem analoog aan de vergoeding van proceskosten in rechterlijke procedures.¹⁰⁷ Daar staat weer tegenover dat procederen bij de bestuursrechter goedkoper is omdat het griffierecht lager is en een procureur niet nodig is, ook niet in hoger beroep. Verder wordt een ambtenaar niet in de kosten veroordeeld als hij de procedure verliest.¹⁰⁸

In de literatuur wordt, zoals ik al eerder heb opgemerkt, ervoor gepleit om de procesrechtelijke verschillen tussen de positie van de ambtenaar die letsel schade

105 Het overslaan van de bezwaarfase is mogelijk sinds 1 september 2004. De indiener van het bezwaarschrift kan dit desgewenst verzoeken. Het bestuursorgaan *kan* met een dergelijk verzoek instemmen als de zaak daarvoor geschikt is. Zie *Stb.* 2004, 220.

106 Wet kosten bestuurlijke voorprocedures, *Stb.* 2002, 55.

107 Wijziging besluit proceskosten bestuursrecht, *Stb.* 2002, 113. Per procespunt wordt een vergoeding van € 322,- toegekend. Op deze regeling is de nodige kritiek gekomen. Zie onder meer T. Hartlief, "Het wetsvoorstel bestuurlijke voorprocedures; over een overheid die slecht tegen haar verlies kan en zelf (wel) op de kleintjes let", *NJB* 2000, p. 921-927 en L.M. Koenraad, "Een amendement tegen beter weten in", *NJB* 2002, p. 260-263.

108 In de algemene bestuursrechtelijke literatuur wordt als verschil tussen de bestuursrechtelijke en de civiele procedure ook nog de zogeheten 'argumentatieve fuik' genoemd, het uitgangspunt in het bestuursrecht dat stellingen waartegen een belanghebbende in eerste instantie geen bezwaar heeft gemaakt, in de verdere procedure als onaantastbaar gelden. In het civiele recht wordt dit uitgangspunt niet toegepast. In het bestuursrecht wordt de argumentatieve fuik echter vooral gehanteerd door de Raad van State en niet zozeer door de CRvB, die, anders dan de Raad van State, doorgaans een oordeel geeft in zaken waarbij niet meer dan twee partijen zijn betrokken. Zie Castermans, 2003, p. 120; J. Treffers, "De Awb in de praktijk van de CRvB", *Jurisprudentie Bestuursrecht plus-special* 2004, p. 18-19; Koetsier, 2003, p. 86.

heeft opgelopen door het werk en die van de werknemer te elimineren. Niet het besluit, maar de zorgplicht van de werkgever zou centraal moeten staan in de procedure, de bezwaarprocedure zou achterwege gelaten moeten worden, en de regel dat in beroep geen bezwaren aan de orde kunnen komen die ook niet reeds in de bezwaarprocedure zijn aangevoerd, zou moeten worden afgeschaft.¹⁰⁹ Ook is ervoor gepleit om in beide gevallen dezelfde bewijsregels toe te passen en de omvang van de schade op dezelfde wijze vast te stellen. Eén en ander zou gerealiseerd moeten worden door ofwel het bestuursprocesrecht op deze punten aan te passen ofwel de schadevergoedingsvordering van de ambtenaar onder het civiele recht te brengen.¹¹⁰ In zijn meest vergaande vorm zou dit laatste meebrengen dat niet langer de bestuursrechter vorderingen tot schadevergoeding van ambtenaren zou moeten beoordelen, maar de civiele rechter.¹¹¹ Hierdoor zou voorkomen kunnen worden dat ambtenaren anders worden behandeld dan civiele werknemers waar het gaat om de bescherming tegen letselschade.

Mijns inziens is er veel te zeggen voor het gelijktrekken van de positie van de ambtenaar en de werknemer in de marktsector op dit punt. Voor wat betreft de dagelijkse werkzaamheden is er weinig verschil tussen een ambtenaar en een gewone werknemer, althans is dit verschil niet zo groot dat het een verschillende rechtspositionele behandeling rechtvaardigt. Ook de zorgplicht van de overheids-werkgever ten aanzien van het voorkomen van letsel van de ambtenaar is niet wezenlijk anders dan die van de civiele werkgever. Voor zover de omstandigheid dat de overheid de werkgever is bijzondere gevolgen met zich mee zou brengen, kan hiermee ook in een civiele procedure rekening worden gehouden. Een eventuele gelijktrekking van de positie van de ambtenaar en die van de werknemer in de marktsector zou echter niet alleen betrekking moeten hebben op de aansprakelijkheid van de overheidswerkgever voor letselschade van de ambtenaar, maar op alle relevante aspecten van het ambtenarenrecht.¹¹² Het lijkt niet goed moge-

109 Zie expliciet over deze punten Van Maanen, 2001, p. 31-45. Ook andere schrijvers bepleiten voor het overnemen van de 'verworvenheden' van het civiele recht door het ambtenarenrecht: K. Festen-Hoff, "Financiële tegemoetkomingen voor rijksambtenaren bij dienstongeval of beroepsziekte", *SMA* 1999, p. 205 en A. Rijlaarsdam, "De Centrale Raad van Beroep wijst risicoaansprakelijkheid en volledige schadevergoeding af bij dienstongevallen", *TAR* 1997, p. 554-555.

110 Vgl. Van Maanen, 2001, p. 45.

111 Met name Klaassen pleit hiervoor. Zie C.J.M. Klaassen, *Schadeveroorzakend handelen in functie ... diverse wegen leiden naar de werkgever* (oratie Nijmegen), Deventer 2002, p. 81-84.

112 Zie ook Koetser, 2003, p. 45, die opmerkt dat zijns inziens de Awb niet van toepassing behoort te zijn op het ambtenarenrecht, omdat de relatie tussen een bestuursorgaan en zijn personeel van een wezenlijk andere aard is dan de relatie tussen bestuursorganen en bestuursorganen. Veeleer acht Koetser een vergelijking relevant met 'gewone' werknemers.

HOOFDSTUK 4

lijk om één onderdeel – alleen de aansprakelijkheid voor letsel schade – los te weken uit het ambtenarenrecht, maar daarmee verweven aspecten als het ontslagrecht en de regelgeving inzake arbeidsongeschiktheid in het ambtenarenrecht te laten. Ook lijkt het me geen goed idee om de rechtspositieregelingen te blijven inrichten volgens bestuursrechtelijk model, maar geschillen daarover aan de kantonrechter over te laten, zoals in de literatuur ook wel is bepleit.¹¹³ Als de positie van de ambtenaar gelijk zou worden gesteld aan die van de werknemer zou dat mijns inziens voor het gehele ambtenarenrecht moeten gelden, dat wil zeggen zowel het materiële recht als het procesrecht. In concreto zou dat neerkomen op afschaffing van de ambtenarenstatus. Hiervoor lijkt mij vanuit een oogpunt van rechtsgelijkheid het nodige te zeggen.¹¹⁴ De regering voelt vooralsnog echter weinig voor afschaffing van de ambtelijke status.¹¹⁵ Het lijkt daarom praktisch om het accent voorlopig te leggen op een verder naar elkaar toe groeien van het civiele en het bestuursprocesrecht, waarbij het dan vooral van belang is dat de bestuursrechter de bewijsrechtelijke positie van de ambtenaar en de overheids-werkgever zoveel mogelijk in harmonie brengt met die van werknemer en werkgever in de marktsector.

113 Zie Klaassen, oratie 2000, p. 81-84.

114 Het valt buiten het bestek van het boek om hier uitgebreid op deze discussie in te gaan. Zie hierover onder meer Klaassen, oratie 2000, p. 81 en L.C.J. Sprengers, *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid* (diss. UvA), Deventer 1998, p. 691-737.

115 De regering heeft besloten om vooralsnog af te zien van een afschaffing van de ambtenarenstatus en om eventuele modernisering van het ambtenarenrecht met name te laten plaatsvinden via een wijziging van de Ambtenarenwet. Vgl. TK 1996-1997, 24 253, nrs. 6 en 7.

5. Vergoeding op no-fault basis van psychische ziekte in het ambtenarenrecht

5.1 Inleiding en plan van behandeling

Psychisch letsel kan aanspraak geven op vergoeding op basis van foutaansprakelijkheid, zoals besproken in de vorige twee hoofdstukken, maar ook op basis van een no-fault vergoedingssysteem. Zoals besproken in het inleidende hoofdstuk versta ik daaronder een systeem waarbij een werknemer aanspraak kan maken op een vergoeding indien komt vast te staan dat hij ziek is geworden door het werk, zonder dat daarbij tevens aangetoond behoeft te worden dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen jegens de werknemer. In feite is bij een dergelijk systeem sprake van een vorm van risicoaansprakelijkheid in die zin dat het zich verwezenlijkt hebben van een bepaald risico, te weten het ontstaan van ziekte door het werk, recht geeft op een vergoeding.

Het Nederlandse recht kent één zuiver no-fault vergoedingssysteem voor letsel als gevolg van het werk, namelijk de regeling zoals die is te vinden in de verschillende rechtspositiereglementen van ambtenaren, inhoudende dat aan een ambtenaar die een dienstongeval is overkomen of die een beroepsziekte heeft opgelopen, een aanvulling op zijn salaris wordt betaald zolang hij nog in dienst is, een aanvulling op zijn WAO-uitkering na ontslag en vergoeding van noodzakelijk gemaakte kosten voor geneeskundige behandeling of verzorging.¹ In dit hoofdstuk zal deze regeling nader worden besproken. Vergoeding op no-fault basis is daarnaast, in beperkte mate, mogelijk op basis van het ontslagrecht. Daarop zal in hoofdstuk 6 nader worden ingegaan.

5.2 Dienstongeval of beroepsziekte volgens het ARAR

Zoals gezegd is in de rechtspositieregelingen vastgelegd op welke voorzieningen een ambtenaar aanspraak kan maken in geval van een dienstongeval of beroepsziekte. De overheidssector kent echter meerdere rechtspositieregelingen. Per overheidssector wordt over de inhoud van de daar geldende rechtspositieregeling onderhandeld tussen overheidswerkgever en vakorganisaties.² De bekendste, en gemeten naar het aantal ambtenaren dat er onder valt, belangrijkste rechtspositieregeling is het ARAR, de rechtspositieregeling voor rijksambtenaren. In de

1 De regeling is terug te vinden in alle rechtspositiereglementen, maar de precieze inhoud ervan kan verschillen. Zie verder § 5.2.

2 Er zijn inmiddels 12 sectoren: rijk, defensie, politie, academische ziekenhuizen, wetenschappelijk onderwijs, hoger beroepsonderwijs, onderzoeksinstituten, onderwijs en wetenschappen, rechterlijke macht, gemeenten, provincie en waterschappen.

HOOFDSTUK 5

rest van dit hoofdstuk zal deze regeling als uitgangspunt worden genomen. Overigens zijn in verschillende andere rechtspositieregelingen vergelijkbare bepalingen opgenomen als in het ARAR waar het gaat om de voorzieningen bij arbeidsongeschiktheid.³

Op grond van het ARAR kan een ambtenaar die ziek is geworden door een dienstongeval of beroepsziekte aanspraak maken op extra financiële voorzieningen. Deze ambtenaren behouden tot aan hun ontslag recht op 100% van hun salaris, al dan niet in de vorm van een aanvulling op de WAO-uitkering. Verder hebben zij na hun ontslag recht op een aanvullende uitkering, waarvan de hoogte afhankelijk is van het arbeidsongeschiktheidspercentage, en komen zij in aanmerking voor noodzakelijk gemaakte kosten voor geneeskundige behandeling of verzorging, zowel voor als na ontslag. Een dienstongeval of beroepsziekte wordt in het ARAR gedefinieerd als:

“een ziekte, respectievelijk een dienstongeval, welke in overwegende mate haar/zijn oorzaak vindt in de aard van de aan de ambtenaar opgedragen werkzaamheden of in de bijzondere omstandigheden waaronder deze moesten worden verricht, en niet aan zijn schuld of onvoorzichtigheid is te wijten.”⁴

3 Bijvoorbeeld waar het gaat om bovenwettelijke uitkeringen. Het treffen van voorzieningen in verband met arbeidsongeschiktheid behoort ook tot de op grond van art. 125 Ambtenarenwet te regelen onderwerpen. Uiteraard zijn in sommige rechtspositieregelingen ook bepalingen te vinden die het ARAR niet kent. Zo kent het BARP, het Besluit algemene rechtspositie politie in art. 54a BARP een specifieke regeling voor de vergoeding van immateriële schade die voortvloeit uit invaliditeit die het gevolg is van een dienstongeval of beroepsziekte tot een maximum bedrag van € 136.100,- netto. De weduwe of weduwnaar van een overleden politieambtenaar kan aanspraak maken op een uitkering van maximaal € 68.100,- netto. Ratio van deze regeling is het specifieke risico van het werk van politieambtenaar: zie de toelichting op de invoering van dit artikel in *Stb.* 1999, 131, p. 3.

4 Deze formulering werd in 1967 in het ARAR opgenomen, toen de Ongeval-
lenwet 1921 werd vervangen door de ABP-wet die (evenals de WAO) recht
gaf op een invaliditeitspensioen bij arbeidsongeschiktheid ongeacht of deze
wel of niet door het werk was ontstaan. In de toelichting op deze wijziging in
1967 is aangegeven dat er aanleiding bestaat tot het verlenen van extra aan-
spraken als op de overheid een morele plicht daartoe rust. Daarvan is vol-
gens de Minister van Binnenlandse Zaken sprake als de ziekte is veroorzaakt
door een aan de dienstuitoefening verbonden risico, hetgeen weer het geval
is als de ziekte in belangrijke mate samenhangt met de aard van de werk-
zaamheden of de bijzondere omstandigheden waaronder wordt gewerkt. Zie
de brief van de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken van 22 september
1970, S&J 43-IV (AW 1929), 1990, p. 291 e.v. Zie ook K. Festen-Hoff, “Finan-
ciële tegemoetkomingen voor rijksambtenaren bij dienstongeval of beroeps-
ziekte”, *SMA* 1999, p. 199.

Met 'in overwegende mate' wordt bedoeld dat de ziekte of het dienstongeval voor tenminste 50% aan het werk is toe te schrijven.⁵ Uitgangspunt is dat alleen beoordeeld wordt of er causaal verband bestaat tussen werk en ziekte en niet of de werkgever al dan niet is tekortgeschoten in zijn verplichtingen. In de praktijk blijkt het, zoals we nog zullen zien,⁶ in elk geval waar het gaat om een psychische beroepsziekte, (vrijwel) niet mogelijk om een eventuele schending van de zorgplicht van de werkgever buiten beschouwing te laten. Eigen schuld of onvoorzichtigheid van de ambtenaar dient op grond van het ARAR, anders dan foutief handelen door de werkgever, te worden meegewogen bij de vraag of sprake is van een dienstongeval of beroepsziekte. Achtergrond daarvan is waarschijnlijk dat, als een ongeval of ziekte aan de eigen schuld van de ambtenaar is te wijten, wordt aangenomen dat de handelwijze van de ambtenaar de oorzaak is van het ongeval of de ziekte en niet de werkzaamheden.⁷

5.3 Psychische beroepsziekten en hart- en vaatziekten door stress in de rechtspraak

5.3.1 *Psychische beroepsziekten*

De CRvB maakt in zijn rechtspraak onderscheid tussen drie categorieën beroepsziekten en arbeidsongevallen: (1) dienstongevallen met letsel schade tot gevolg, (2) ziekten of gebreken van psychische aard en (3) beroepsziekten die zijn ontstaan door het (langdurig) werken onder omstandigheden die schadelijk zijn voor de gezondheid.⁸ Een subcategorie wordt gevormd door hart- en vaatziekten als (mogelijk) gevolg van stress. Voor dit onderzoek zijn met name de ziekten of gebreken van psychische aard van belang en de hart- en vaatziekten als gevolg van stress. Deze zullen daarom nader worden besproken.

5 KB 17 december 1975, *Stb.* 1975, 704. Het gaat hier, aldus de CRvB, primair om een medische in plaats van een juridische vraag. Zie ook K. Festen-Hoff, "Rechtspositionele vergoedingen en volledige schadevergoeding bij dienstongeval of beroepsziekte", *TAR* 2004, p. 575-577, die ook opmerkt dat de CRvB in de laatste jaren niet meer strikt de hand houdt aan het percentage van 50%, maar van een dienstongeval lijkt te spreken als op het ongeval een verhoogde kans bestond, gezien de opgedragen werkzaamheden.

6 Zie § 5.3.1.

7 Op zich doet het voorkomen van een dergelijke bepaling in een no-fault vergoedingssysteem vreemd aan, temeer nu niet relevant is voor het recht op financiële voorzieningen of de werkgever een tekortkoming valt te verwijten. In andere no-fault vergoedingssystemen is een bepaling zoals in het ARAR over eigen schuld van de ambtenaar dan ook niet terug te vinden. Noch het Duitse *Sozial Gesetzbuch* VII (zie § 8.2.1) noch de Amerikaanse *workers' compensation* systemen (zie § 9.2.1) kennen een dergelijke bepaling.

8 Uitgebreid over alle drie categorieën schrijft Festen-Hoff, *SMA* 1999.

HOOFDSTUK 5

Bij het beantwoorden van de vraag of een psychische ziekte als een beroepsziekte kan worden aangemerkt, moet, ingevolge vaste rechtspraak van de CRvB,⁹ niet alleen gekeken worden of een ziekte in overwegende mate haar oorzaak vindt in het werk of de werkomstandigheden, maar moet met name onderzocht worden of er factoren zijn die in verhouding tot dat werk of die werkomstandigheden een *abnormaal* of *excessief* karakter dragen. De CRvB heeft deze toets voor het eerst ontwikkeld in een uitspraak van 17 september 1976.¹⁰ In een rondschrijven van de Minister van Binnenlandse Zaken uit 1970 wordt er nog vanuit gegaan dat er in de regel alleen bij lichamelijk letsel als gevolg van een ongeval sprake kan zijn van arbeidsongeschiktheid die in belangrijke mate zijn oorzaak vindt in de bijzondere omstandigheden waaronder bepaalde werkzaamheden moesten worden verricht.¹¹ De CRvB overweegt in zijn uitspraak van 17 september 1976 evenwel dat werkomstandigheden ook psychische ziekten kunnen veroorzaken. Naar het oordeel van de CRvB dienen onder 'de bijzondere omstandigheden waaronder bepaalde werkzaamheden moeten worden verricht' in beginsel ook worden verstaan:

"bijzondere (abnormale) omstandigheden in de werksfeer, de verhoudingen binnen de dienst, waarbij de ambtenaar werkzaam is geweest en het door de leiding van de dienst ten aanzien van hem gevoerde beleid. Daarbij zij opgemerkt dat, wil het in art. 45, lid 1, ARAR bepaalde toepassing vinden, er dan wel sprake dient te zijn van duidelijk abnormale, niet aan de betrokken ambtenaar toe te rekenen omstandigheden en – uiteraard – een verband tussen die omstandigheden en de tot blijvende ongeschiktheid voor de betrekking leidende aandoening in die zin dat de ziekte of het gebrek in belangrijke mate (het ten tijde als hier van belang geldende criterium) haar/zijn oorzaak vond in die omstandigheden."¹²

In een uitspraak uit 1981 heeft de CRvB deze in 1976 uitgezette lijn verder verfijnd. In deze tweede uitspraak overweegt de CRvB dat, indien ziekten of gebreken in sterkere mate van psychische aard zijn, er in meerdere mate sprake zal moeten zijn van factoren die in verhouding tot het werk of de werkomstandig-

9 Zie onder meer CRvB 6 december 1990, *TAR* 1991, 33; CRvB 9 mei 1994, *TAR* 1994, 151; CRvB 7 juli 1994, *TAR* 1994, 184; CRvB 16 maart 1995, *TAR* 1995, 128; CRvB 10 augustus 1995, *TAR* 1995, 241; CRvB 3 oktober 1996, *TAR* 1996, 200; CRvB 19 juni 1997, *TAR* 1997, 183; CRvB 29 juni 2000, *TAR* 2000, 116; CRvB 29 maart 2001, *TAR* 2001, 74; CRvB 28 maart 2002, *TAR* 2002, 35; CRvB 18 april 2002, *TAR* 2002, 123.

10 *AB* 1977, 107.

11 Zie KB 17 december 1975, *Stb.* 1975, 704. Zie ook de noot onder CRvB 16 november 1981, *AB* 1982, 180.

12 In art. 45 lid 1 ARAR was bepaald dat een ambtenaar in geval zijn arbeidsongeschiktheid is veroorzaakt door de omstandigheden waaronder hij moest werken, aanspraak kon maken op bepaalde extra voorzieningen.

VERGOEDING OP NO-FAULT BASIS VAN PSYCHISCHE ZIEKTE IN HET AMBTENARENRECHT

heden – objectief bezien – een abnormaal of excessief karakter dragen.¹³ Daarna komt deze overweging vrijwel standaard voor in elke uitspraak over een mogelijk werkgerelateerde psychische ziekte.¹⁴ De ratio van deze toets is kernachtig verwoord door de rechtbank Amsterdam in een uitspraak uit 1995.¹⁵ De rechtbank overweegt dat het bij psychische ziekten moeilijker is dan bij lichamelijke ziekten om onderscheid te maken tussen in de persoon gelegen en in de dienstbetrekking gelegen ziekmakende factoren. Het risico is bij psychische ziekten daarom groter dat niet (alleen) het werk, maar (ook) persoonlijke factoren debet zijn aan het ontstaan van de ziekte. Dit risico kan worden verkleind door extreme omstandigheden te eisen, zoals de CRvB in zijn rechtspraak doet.

Het uitgangspunt is dat in het kader van de beroepsziektetoets alleen wordt nagegaan of er causaal verband bestaat tussen de psychische ziekte en de werkzaamheden en niet ook of de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen. Door het vereiste dat sprake moet zijn van excessieve of abnormale omstandigheden wordt echter ook aan dit tweede element, de zorgplicht, getoetst. Door de CRvB wordt dit ook erkend. Een duidelijk voorbeeld hiervan is een uitspraak uit 2001 waarin de vraag aan de orde was of de psychische ziekte van een politieambtenaar het gevolg was van excessieve of abnormale omstandigheden.¹⁶ De politieambtenaar had gesteld dat hij een posttraumatische stress stoornis had opgelopen door zijn betrokkenheid bij grootscheepse krakersrellen in Nijmegen in 1991, waarbij zich schokkende en gewelddadige gebeurtenissen hadden voorgedaan. Hij stelde dat deze gebeurtenissen moesten worden aangemerkt als excessieve of abnormale werkomstandigheden. De CRvB overwoog het volgende:

“De Raad is van oordeel dat met name de eerder bedoelde krakersrellen van februari 1981 als een ernstige verstoring van de openbare orde kunnen worden beschouwd en daardoor niet alleen voor de burger, maar als gevolg van de gewelddadigheid van sommige incidenten jegens een aantal politiefunctionarissen ook voor de laatsten heel confronterend kunnen zijn geweest. Dat confronterende karakter is evenwel inherent aan meer situaties waarin die functionarissen ingevolge hun taak moeten optreden en daarom inherent aan hun functie. (...)

Er zijn gevallen denkbaar waarin moeilijke werkomstandigheden als hier bedoeld in verband met bijkomende factoren wel als abnormaal of excessief kunnen worden aangemerkt. Dergelijke factoren kunnen zijn dat de werkgever niet in redelijkheid te vergen voorzorgsmaatregelen heeft getroffen in de vorm van een juiste selectie, passende opleidingen en adequate instructies vooraf, ten tijde van de voorvallen niet adequaat leiding heeft gegeven of niet de in redelijkheid te vergen nazorg heeft betracht.”

De CRvB stelde vervolgens vast dat niet aannemelijk was geworden dat het geweld tijdens de krakersrellen mede rechtstreeks jegens de betrokken politie-

13 CRvB 16 november 1981, AB 1982, 180 met noot V.d. H.

14 Zie de rechtspraak genoemd in noot 9 van dit hoofdstuk.

15 Rb. Amsterdam 10 januari 1995, TAR 1995, 108.

16 CRvB 29 maart 2001, TAR 2001, 74.

HOOFDSTUK 5

ambtenaar gericht was geweest. Verder achtte de Raad het niet aannemelijk geworden dat de gemeente bij het treffen van voorzorgsmaatregelen, het geven van leiding of het verschaffen van nazorg zodanig tekortgeschoten was dat gezegd moest worden dat de werkomstandigheden van de politieambtenaar abnormaal of excessief waren.

De CRvB overweegt in deze zaak dus expliciet dat, omdat de gemeente als werkgever niet was tekortgeschoten in haar zorgplicht, niet kon worden aangenomen dat sprake was van een beroepsziekte. Ook in andere, in deel II van dit boek te bespreken, uitspraken van de CRvB, betreft de CRvB bij de beoordeling of een psychische ziekte moet worden aangemerkt als een beroepsziekte, vrijwel steeds de vraag of de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen.¹⁷ Daarmee komt de toets of sprake is van abnormale of excessieve arbeidsomstandigheden feitelijk neer op het toetsen of de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen.¹⁸

Reden hiervoor is, zoals gezegd, dat psychisch letsel vaak meerdere oorzaken heeft of kan hebben, die zowel gelegen (kunnen) zijn in de werkomstandigheden als in privé-omstandigheden als in de persoonlijkheidsstructuur van een ambtenaar. Het is daardoor lastig om vast te stellen of een psychische ziekte inderdaad het gevolg is van het werk of juist van andere oorzaken. Dit geldt nog sterker indien de ene ambtenaar wel psychisch ziek wordt door bepaalde werkomstandigheden, terwijl dit niet geldt voor zijn collega('s). Er zal dan moeten worden onderzocht of er in het geval van de zieke ambtenaar sprake is van bijzondere factoren. Deze zullen vrijwel steeds, nu zij niet in de normale werkomstandigheden gelegen kunnen zijn, liggen op het vlak van tekortschieten door de werkgever.

Dat de CRvB in feite toetst of sprake is van foutaansprakelijkheid blijkt ook uit het feit dat de CRvB een objectieve benadering hanteert bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van een psychische beroepsziekte. Een dergelijke ziekte wordt namelijk alleen dan door de CRvB aanwezig geacht als gezegd kan worden dat een ieder psychisch ziek zou zijn geworden in bepaalde werkomstandig-

17 Zie bijvoorbeeld CRvB 6 december 1990, *TAR* 1991; CRvB 7 juli 1994, *TAR* 1994, 184; CRvB 16 maart 1995, *TAR* 1995, 128; CRvB 10 augustus 1995, *TAR* 1995, 241; CRvB 3 oktober 1996, *TAR* 1996, 200; CRvB 19 juni 1997, *TAR* 1997, 183; CRvB 21 januari 1999, nr. 97/4384 AW, *LJN* AA 8682; CRvB 18 mei 2000, nr. 97/7677 MAW en 98/2253 MAW, *LJN* AF 3983; CRvB 29 juni 2000, *TAR* 2000, 116; CRvB 29 maart 2001, *TAR* 2001, 74; CRvB 18 april 2002, nr. 01/4741 AW en 01/4970 AW, *LJN* AF0408; CRvB 19 februari 2004, nr. 01/3131 AW en 01/3133 AW, *LJN* AO4184.

18 In dezelfde zin Festen-Hoff, *TAR* 2004, p. 576, 578 en 583.

VERGOEDING OP NO-FAULT BASIS VAN PSYCHISCHE ZIEKTE IN HET AMBTENARENRECHT

heden.¹⁹ De CRvB wenst aldus uit te gaan van een ambtenaar met een normale weerstand tegen psychische ziekten. Een predispositie van een ambtenaar voor psychisch letsel komt dus voor zijn eigen rekening. Dit is echter problematisch in een systeem waarbinnen in beginsel alleen wordt gekeken of er een causale relatie bestaat tussen werk en ziekte en het er niet toe doet of de werkgever al dan niet is tekortgeschoten in zijn verplichtingen. Een causale relatie tussen werk en ziekte is in beginsel namelijk ook aanwezig in die gevallen waarin een ambtenaar met een psychisch zwakke gesteldheid ziek wordt door het werk. Het is dan nog steeds het werk dat in dat specifieke geval de ziekte teweeg gebracht heeft, ook al zou een ambtenaar met een normale weerstand in vergelijkbare omstandigheden niet ziek zijn geworden. De CRvB wenst echter te voorkomen dat ambtenaren bij wie ook hun persoonlijkheidsstructuur debet is aan het ontstaan van arbeidsongeschiktheid, aanspraak kunnen maken op rechtspositionele voorzieningen, vermoedelijk om een te groot beroep op de rechtspositieregelingen te voorkomen. De manier waarop de CRvB dit doet, past echter eigenlijk niet bij een no-fault vergoedingssysteem, want komt neer op het toetsen of sprake is van foutaansprakelijkheid van de werkgever.

Is eenmaal vastgesteld dat sprake is van excessieve of abnormale werkomstandigheden, dan moet vervolgens, aldus de CRvB, worden nagegaan of de ziekte van de ambtenaar in overwegende mate is veroorzaakt door de werkomstandigheden.²⁰ Aan deze volgorde wordt echter niet strikt de hand gehouden. In sommige uitspraken wordt een verzoek van een ambtenaar om toekenning van extra voorzieningen vanwege het bestaan van een beroepsziekte reeds afgewezen op de grond dat geen sprake is van een in overwegende mate door de werkomstandigheden veroorzaakte ziekte.²¹ Veelal vallen de vraag naar het bestaan van excessieve of abnormale omstandigheden enerzijds en die naar het al dan niet in overwegende mate veroorzaakt zijn door de werkomstandigheden van een ziekte anderzijds ook in belangrijke mate samen. Dat is ook logisch omdat het oordeel van de CRvB dat geen sprake is van abnormale of excessieve omstandigheden reeds impliceert dat de ziekte van de ambtenaar dus niet het gevolg is van het werk, maar van andere oorzaken, waarbij dan met name gedacht moet worden

19 Zie expliciet CRvB 19 juni 1997, *TAR* 1997, 183, waarin de CRvB overweegt dat geen sprake was van omstandigheden die voor een ieder tot psychische arbeidsongeschiktheid zouden hebben geleid. Zie ook CRvB 3 oktober 1996, *TAR* 1996, 200 waarin de CRvB oordeelde dat wel sprake was van organisatorische uitglijders en mogelijk misstanden op het werk, maar dat deze niet zodanig buitensporig waren dat het ziek worden daarmee als het ware gegeven was. Zie verder CRvB 21 januari 1999, nr. 97/4384 AW, *LJN* AA8682; CRvB 18 april 2002, nr. 01/4741 AW en 01/4970 AW, *LJN* AF0408; Rb. Almelo 9 januari 2004, nr. 03/170 AW N1 A, *LJN* A05523.

20 Vgl. CRvB 12 februari 1987, *TAR* 1987, 82; CRvB 9 februari 1989, *TAR* 1989, 76; CRvB 7 juli 1994, *TAR* 1994, 10.

21 Zie bijvoorbeeld CRvB 29 juni 2000, *TAR* 2000, 116.

HOOFDSTUK 5

aan een kwetsbare persoonlijkheidsstructuur van de betrokkene. Andersom impliceert het oordeel dat een ziekte niet in overwegende mate door het werk is veroorzaakt, reeds dat er geen abnormale omstandigheden aanwezig waren. De CRvB neemt immers alleen dan een oorzakelijk verband aan tussen werk en ziekte als sprake is geweest van abnormale of excessieve omstandigheden.²²

Belangrijker dan het criterium van de overwegende mate is het criterium dat de psychische beroepsziekte niet aan de eigen schuld of onvoorzichtigheid van de werknemer te wijten mag zijn. Onder verwijzing naar dit criterium werd bijvoorbeeld aangenomen dat geen sprake was van een psychische beroepsziekte in het geval van een ambtenaar die psychisch ziek was geworden door een reorganisatie en een daaruit voortvloeiend geschil met zijn werkgever, omdat, volgens de CRvB, de ambtenaar zelf een niet onaanzienlijk aandeel had geleverd in het ontstaan van het geschil door zich veelal onwrikbaar op te stellen en de zaken met name vanuit zijn eigen positie te bezien.²³ In de vorige paragraaf²⁴ heb ik al opgemerkt dat het vreemd aandoet dat verwijtbaar handelen van de werkgever er in beginsel niet toe doet bij de vaststelling of er sprake is van een arbeidsongeval of beroepsziekte, maar verwijtbaar handelen door de ambtenaar wel. Bij psychische ziekten ligt dit echter iets genuanceerder omdat daarbij, zoals hiervoor betoogd, wel degelijk (zij het indirect) wordt getoetst of de werkgever een tekortkoming valt te verwijten. Verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever weegt bij psychische beroepsziekten in feite dus wel mee. Ik heb er daarom geen overwegende bezwaren tegen als ook eigen schuld van de ambtenaar bij de toetsing wordt betrokken.

Wel lijkt mij dat, als dan toch een weging plaatsvindt van het handelen van de werkgever en dat van de werknemer op vergelijkbare wijze als bij foutaansprakelijkheid, ook het criterium 'eigen schuld' op dezelfde wijze als bij foutaansprakelijkheid moet worden uitgelegd. Dat betekent dan dat alleen die eigen schuld van de ambtenaar, voor zover deze de uitoefening van de werkzaamheden betreft,²⁵ aan hem mag worden toegerekend die kan worden aangemerkt als opzet of bewuste roekeloosheid.²⁶ Dat een ambtenaar zich onwrikbaar opstelt of zaken

22 Uitspraken waarin is geoordeeld dat een ziekte wel in overwegende mate door het werk was veroorzaakt, maar dat geen sprake was van abnormale of excessieve omstandigheden ben ik ook niet tegengekomen.

23 CRvB 28 maart 2002, TAR 2002, 35. Zie ook CRvB 2 oktober 2003, TAR 2004, 25 – geen dienstongeval aangenomen omdat ongeval tijdens abseilen bij ludieke opening politiepost te wijten is aan eigen onvoorzichtigheid politieambtenaar.

24 Zie § 5.2, noot 7.

25 Dit kan weer anders liggen als sprake is van eigen schuld in de zin van oorzaken in de privé-sfeer van de ambtenaar die aan het ontstaan van de ziekte hebben bijgedragen. Zie hierover § 3.8.

26 Daaronder valt in elk geval niet het onvoorzichtig zijn door een ambtenaar bij abseilen. Zie CRvB 2 oktober 2003, TAR 2004, 25.

vooral vanuit zijn eigen positie beziet, zoals in de uitspraak die is genoemd in de vorige alinea,²⁷ levert dan geen eigen schuld op en dus ook geen reden voor het volledig laten vervallen van de vergoedingsplicht van de werkgever. Zou dat wel gebeuren, dan is de toetsing of sprake is van een psychische beroepsziekte zwaarder dan de toetsing of sprake is van foutaansprakelijkheid van de werkgever, hetgeen toch niet de bedoeling zal zijn, gelet op het feit dat de financiële voorzieningen waarop in het eerste geval aanspraak kan worden gemaakt lager zijn dan de volledige schadevergoeding waarop in het tweede geval recht bestaat.²⁸

5.3.2 *Hart- en vaatziekten door stress*

Een categorie ziekten die tussen lichamelijke en geestelijke ziekten in ligt, zijn de hart- en vaatziekten als gevolg van stress. Opmerkelijk is dat in het civiele arbeidsrecht aan deze categorie ziekten vooralsnog weinig tot geen aandacht is besteed, terwijl er in het ambtenarenrecht verschillende uitspraken over te vinden zijn.²⁹ Het civiele arbeidsrecht kent ook niet een met het ambtenarenrecht vergelijkbare regeling, inhoudende dat er recht bestaat op bepaalde voorzieningen, zoals doorbetaling van 100% van het loon en medische voorzieningen, in geval een ziekte het gevolg is van het werk.

De CRvB neemt alleen dan aan dat er een verband bestaat tussen stressvolle werkomstandigheden en hart- en vaatziekten indien de ambtenaar kort voor zijn uitval door een dergelijke ziekte aan acute stress blootgesteld is geweest.³⁰ Voor het overige is de CRvB tot nog toe de mening toegedaan dat het medisch wetenschappelijk gezien niet bewezen is dat er een relatie bestaat tussen (ernstige)

27 CRvB 28 maart 2002, TAR 2002, 35.

28 Een verdeling van schade zou dan voor de hand liggen, maar is niet goed mogelijk binnen een no-fault vergoedingssysteem omdat moet worden vastgesteld of wel of geen sprake is van een beroepsziekte. Eén en ander illustreert de problemen die ontstaan wanneer in een no-fault systeem elementen van foutaansprakelijkheid worden binnen gehaald. In feite moet dan de volledige toetsing langs de weg van foutaansprakelijkheid geschieden. Ik kom hier op terug in § 17.2.

29 Wellicht is het werk van een ambtenaar aanzienlijk stressvoller dan dat van een werknemer in de marktsector (?). Het kan natuurlijk ook zo zijn dat een ambtenaar eerder om volledige doorbetaling van loon en een aanvulling op de WAO-uitkering verzoekt dan een werknemer in de civiele sector.

30 Zie CRvB 20 november 1992, AMP 1991, 16; CRvB 10 augustus 1995, TAR 1995, 241; Rb. Arnhem 11 oktober 1996, TAR 1997, 6; CRvB 5 augustus 1999, TAR 1999, 133; CRvB 29 juni 2000, TAR 2000, 116.

HOOFDSTUK 5

stress en een hartinfarct.³¹ Gezien deze terughoudende opstelling is het niet verbazend dat de CRvB in individuele zaken zelden of nooit aanneemt dat een hartinfarct van een ambtenaar het gevolg is geweest van stress op het werk.³² Er is mij slechts één uitspraak bekend, niet van de CRvB maar van de rechtbank Arnhem, waarin een zeker oorzakelijk verband tussen omstandigheden op het werk en hartklachten werd aanvaard. Het ging daarin echter niet om een verband tussen het ontstaan van de hartklachten en stress op het werk, maar om een verband tussen het langer duren dan verwacht van het herstel van hartklachten van de ambtenaar en de werkomstandigheden.³³ De oorzaak van het langer uitblijven van het herstel was daarnaast niet zozeer gelegen in stress op het werk als wel in het traag en onzorgvuldig handelen van de werkgever bij het overplaatsen van een collega door wie de zieke ambtenaar voorheen stelselmatig discriminatoir was bejegend. In feite was in deze zaak daarom sprake van een psychische beroepsziekte en niet van een hart- en vaatziekte als gevolg van stress.

5.3.3 *Bewijslastverdeling*

De bestuursrechter is, zoals ook reeds aan de orde is gekomen in hoofdstuk 4,³⁴ niet gebonden aan bewijsregels, maar is in beginsel vrij ten aanzien van de bewijswaardering, de bewijsomvang en de bewijslastverdeling.³⁵ Dat betekent dat de rechter ook bij de vraag of sprake is van een psychische beroepsziekte niet is gebonden aan een bepaalde verdeling van de bewijslast. In de jurisprudentie is ook terug te zien dat de rechter in de meeste gevallen aan de hand van de stellingen van partijen en de door hen overgelegde bewijzen nagaat of van een beroepsziekte gesproken kan worden, zonder dat de bewijslast formeel aan één van beide partijen wordt toebedeeld. Is er te weinig informatie overgelegd, dan komt dit echter uiteindelijk voor rekening en risico van de ambtenaar. De CRvB heeft namelijk geoordeeld dat het aan de ambtenaar is om voldoende feiten aan te dragen ter adstructie van zijn stelling dat sprake is van abnormale en excessieve

31 In de lagere rechtspraak wordt dit oordeel van de CRvB overgenomen. Zie Rb. Arnhem 11 oktober 1996, *TAR* 1997, 6. Overigens wordt in het *Signaleringsrapport 2004* (Amsterdam, 2004) van het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB) geconcludeerd dat uit recente wetenschappelijke studies blijkt dat psychische belasting in de werksituatie de kans op hart- en vaatziekten verhoogt. Vgl. p. 87. Zie ook <http://www.beroepsziekten.nl>, 21 november 2004. Misschien kan dit de CRvB in de toekomst op andere gedachten brengen.

32 Vgl. CRvB 10 augustus 1995, *TAR* 1995, 241; CRvB 22 oktober 1998, *TAR* 1998, 187; CRvB 5 augustus 1999, *TAR* 1999, 133; CRvB 29 juni 2000, *TAR* 2000, 116.

33 Rb. Arnhem 11 oktober 1996, *TAR* 1997, 6.

34 Zie onder meer § 4.3.1.

35 Zie B.J. Schueler, "Bewijs" in *Bestuursprocesrecht*, Deventer 1999, p. 595 e.v.

VERGOEDING OP NO-FAULT BASIS VAN PSYCHISCHE ZIEKTE IN HET AMBTENARENRECHT

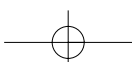
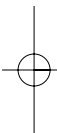
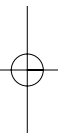
werkomstandigheden en daarmee van een psychische beroepsziekte.³⁶ De reden daarvoor is dat het de ambtenaar is die zich op het bestaan van een beroepsziekte beroept en die verzoekt om de toekenning van rechtspositionele voorzieningen.³⁷ Hij dient daarom zijn verzoek te onderbouwen. Voert hij in dit opzicht te weinig aan, dan zal zijn verzoek worden afgewezen.

5.4 Samenvatting

Een ambtenaar die psychisch ziek is geworden als gevolg van het werk kan verzoeken om doorbetaling van zijn volledige bezoldiging in plaats van een gedeelte daarvan, aanvulling van zijn WAO-uitkering en vergoeding van noodzakelijk gemaakte medische kosten. Daarvoor moet wel komen vast te staan dat sprake is van een psychische beroepsziekte. Op grond van de rechtspositieregelingen, zoals uitgelegd door de CRvB, is hiervoor vereist dat de ziekte in overwegende mate is veroorzaakt door de werkomstandigheden en niet te wijten is aan eigen schuld of onvoorzichtigheid van de ambtenaar, alsmede dat sprake is geweest van abnormale of excessieve factoren in relatie tot die werkomstandigheden. Bij de vraag of dit laatste het geval is, betreft de CRvB – zij het impliciet – de vraag of de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen. Alleen als dat het geval is, wordt tevens causaal verband tussen werk en psychische ziekte aangenomen. Formeel is aldus sprake van een no-fault vergoedingssysteem, waarbij eventuele verwijtbaarheid van de werkgever er niet toe doet. In de praktijk blijkt de bestuursrechter het echter niet wenselijk te vinden om die verwijtbaarheid (geheel) buiten beschouwing te laten.

36 CRvB 19 februari 2004, nrs. 01/3131 AW en 01/3133 AW, *LJN* AO4184. Zie ook § 4.3.1.

37 In dit verband is ook het bepaalde in art. 4:2 lid 2 Awb van belang, te weten dat degene die om een beschikking vraagt de gegevens en bescheiden dient te verschaffen die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking heeft.



6. Vergoeding wegens psychische ziekte in het ontslagrecht – artikel 7:685 en 7:681 BW, ambtenarenontslagrecht

6.1 Inleiding en plan van behandeling

Een werknemer en/of een ambtenaar die psychisch ziek is geworden door het werk heeft verschillende mogelijkheden om zijn werkgever hiervoor aansprakelijk te stellen wegens tekortschieten door die werkgever in zijn verplichtingen jegens de werknemer/ambtenaar. Een ambtenaar kan daarnaast ook zijn werkgever verzoeken om toekenning van rechtspositionele voorzieningen op de grond dat sprake is van een psychische beroepsziekte. Deze mogelijkheden zijn in de vorige hoofdstukken aan de orde gekomen. Nog niet besproken is de mogelijkheid die een werknemer en/of een ambtenaar heeft om in een ontslagprocedure een vergoeding te verkrijgen met het oog op psychische arbeidsongeschiktheid die is ontstaan door de werkomstandigheden en/of door verwijtbaar handelen van de werkgever. Deze optie zal in dit hoofdstuk nader onderzocht worden.

De vorige hoofdstukken zijn steeds in de sleutel gezet van ofwel foutaansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel ofwel vergoeding van psychisch letsel via een no-fault vergoedingssysteem. Toekenning van een vergoeding in verband met psychische ziekte in een ontslagprocedure past niet goed in dit schema. Voor zover in een ontslagprocedure een vergoeding wordt toegekend, geschiedt dit meestal namelijk niet alleen vanwege psychische ziekte van een werknemer, maar is het bestaan van die ziekte één van de omstandigheden die wordt meegewogen bij de vraag of recht op een vergoeding bestaat. Daarnaast wordt met een eventuele ontslagvergoeding niet beoogd om alleen de schade te vergoeden die het gevolg is van een psychische ziekte, maar dient de vergoeding ook ter compensatie van andere schade die een ontslag met zich brengt, zowel in de sfeer van inkomensschade als in de sfeer van immateriële schade.

Anderzijds vertonen ontslagprocedures, en dan in het bijzonder de procedures inzake ontbinding van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:685 BW) en die inzake kennelijk onredelijk ontslag (artikel 7:681 BW), wel overeenkomsten met de in hoofdstuk 3 en 4 beschreven vormen van foutaansprakelijkheid in die gevallen waarin in een ontslagprocedure een vergoeding wordt toegekend omdat een werknemer psychisch ziek is geworden door verwijtbaar handelen van zijn werkgever en daardoor zijn baan verliest. Het criterium 'verwijtbaarheid' is in deze (vrijwel) gelijk te stellen aan het criterium 'normschending' oftewel niet nakoming van een verplichting uit hoofde van de arbeidsovereenkomst.¹ Daarnaast

1 Zie in dit opzicht bijvoorbeeld de kantonrechter Maastricht 6 juni 2001, *JAR* 2001, 120, die opmerkt dat waar het gaat om toekenning van een vergoeding vanwege (psychische) arbeidsongeschiktheid, de inhoud van de norm van art. 7:681 BW is te vergelijken met die van art. 7:685 BW en 7:658 BW. De 'echte' schadevergoedingsnorm van art. 7:658 BW kan de normen van het ontslagrecht inkleuren.

HOOFDSTUK 6

komt het voor dat in een ontslagprocedure op grond van artikel 7:681 BW of artikel 7:685 BW een vergoeding op no-fault basis wordt toegekend, namelijk in die gevallen waarin een ontslagvergoeding wordt toegekend omdat een werknemer (psychisch) ziek is geworden door het werk, ongeacht of de werkgever daarvan een verwijt treft. Het ontslag wordt dan geacht in de risicosfeer van de werkgever te liggen. Het ontslagrecht heeft in die gevallen wel raakvlakken met de systemen van foutaansprakelijkheid en van vergoeding op no-fault basis. Dit is in het bijzonder het geval in situaties waarin het initiatief tot het ontslag van de werknemer uit gaat en reden voor dit initiatief – doorgaans een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst – is dat hij ziek is geworden door het werk. Die situatie is sterk vergelijkbaar met de situatie waarin een werknemer schadevergoeding wegens ziekte vordert op grond van artikel 7:658 BW of 7:611 BW.²

In het ambtenarenontslagrecht komt deze laatste situatie niet voor omdat een ambtenaar niet de mogelijkheid heeft om ontslag te nemen of de rechter te verzoeken zijn aanstelling te beëindigen onder toekenning aan hem van een vergoeding. Een ambtenaar kan niet eenzijdig ontslag nemen, maar kan hoogstens zijn werkgever verzoeken hem te ontslaan.³ Wel kan aan een ambtenaar, in een procedure gericht tegen een hem gegeven ontslag, een vergoeding worden toegekend als komt vast te staan dat hij ziek is geworden door het werk en/of door toedoen van zijn werkgever. De in dat geval door de rechter toe te passen toets lijkt sterk op de toets die wordt toegepast in civiele ontslagprocedures. Hetgeen in de vorige alinea is opgemerkt ten aanzien van het toetsen aan verwijtbaarheid (tekortschieten) en risicosfeer is daarom ook hier van toepassing, met dien verstande dat de ambtenarenrechter minder expliciet dan de civiele rechter aan deze criteria toetst.

Bespreking van de mogelijkheden om in een ontslagprocedure een vergoeding te verkrijgen vanwege psychische arbeidsongeschiktheid is mede van belang omdat in elk geval in het civiele recht het ontslagrecht tot op heden de belangrijkste vergoedingsbron in dit opzicht is. Aansprakelijkstelling van de werkgever op grond van artikel 7:658 BW, artikel 7:611 BW, artikel 6:170 BW of artikel 6:162 BW komt tot dusver slechts op beperkte schaal voor. Tot nog toe wordt in de meeste gevallen waarin een werknemer psychisch ziek is geworden door het werk, verzocht om toekenning van een vergoeding hiervoor in een ontbindingsprocedure of – minder vaak – in een procedure inzake kennelijk onredelijk ontslag. Reden hiervoor is waarschijnlijk dat psychische problemen in de werksituatie vaak leiden tot een ontslag, hetzij omdat tevens sprake is van een arbeidsconflict, hetzij

2 Zie ook J.M. van Slooten, "Samenloop van (schade)vergoeding bij arbeidsongeschiktheid", *Sociaal Recht* 2001, p. 41-49.

3 In de praktijk wordt een verzoek om ontslag zelden geweigerd, dus is het verschil met een werknemer die ontslag neemt in dat opzicht, gering. Een ambtenaar kan echter, anders dan de werknemer in de marktsector, geen procedure bij de rechter starten waarin hij verzoekt om ontslag met toekenning van een vergoeding.

omdat de psychische klachten tot langdurige arbeidsongeschiktheid leiden, waarna uiteindelijk ontslag wegens ziekte plaatsvindt. Als dan toch een ontslagprocedure speelt, ligt het voor de hand om de psychische problematiek ook daarin in te brengen. Daarnaast is het verzoeken van ontbinding met toekenning van een vergoeding voor een werknemer aantrekkelijk omdat hij in deze procedure op relatief korte termijn zekerheid kan krijgen over zijn rechtspositie.⁴ In het ambtenarenrecht bestaat hiervoor, zoals gezegd, geen mogelijkheid. Door psychisch zieke ambtenaren wordt veelal een beroep gedaan op rechtspositionele regelingen die voorzien in de toekenning van een aanvulling op salaris en/of uitkering in geval van een dienstongeval of beroepsziekte.⁵ Dergelijke regelingen kent het civiele recht niet of nauwelijks.

In dit hoofdstuk zal achtereenvolgens worden ingegaan op de civielrechtelijke ontslagprocedures waarin aan een werknemer een vergoeding kan worden toegekend (mede) omdat hij psychisch ziek is geworden door omstandigheden op het werk en op de ambtenaarrechtelijke ontslagprocedures. Bij de civielrechtelijke procedures zal met name aandacht worden besteed aan de ontbindingsprocedure van artikel 7:685 BW en de procedure inzake kennelijk onredelijk ontslag van artikel 7:681 BW. Er zijn ook wel andere ontslagprocedures waarin een vergoeding kan worden verkregen, maar daarbij gaat het niet om vergoedingen naar billijkheid waarbij de vergoeding mede kan worden toegekend met het oog op werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid. Deze andere procedures zullen daarom buiten beschouwing blijven.⁶

6.2 Toekenning van een vergoeding wegens psychische ziekte in de ontbindingsprocedure (artikel 7:685 BW)

6.2.1 Algemene aspecten van de ontbindingsprocedure

Op grond van artikel 7:685 BW kan zowel de werkgever als de werknemer de kantonrechter⁷ verzoeken om de arbeidsovereenkomst tussen hen wegens gewich-

4 Dit voordeel heeft natuurlijk als nadeel dat slechts globaal kan worden beoordeeld of een werknemer aanspraak kan maken op een ontslagvergoeding wegens psychische arbeidsongeschiktheid alsook dat geen hoger beroep open staat van een minder gelukkige uitspraak van een kantonrechter.

5 Zie hierover hoofdstuk 5.

6 Het gaat hierbij in het bijzonder om de gefixeerde schadevergoeding die de werkgever of de werknemer moet betalen bij het niet in acht nemen van de opzegtermijn of bij een onterecht ontslag op staande voet waarvan de werknemer niet de nietigheid, maar de schadeplichtigheid inroept (art. 7:677 BW) en om de afkoopsom ter afkoop van een verplichting om het dienstverband te herstellen (art. 7:682 lid 3 BW).

7 Sinds 1 januari 2002 is dit formeel de rechtbank, sector kanton. In dit hoofdstuk zal evenwel worden gesproken van de kantonrechter, een term die overigens op grond van de wetsgeschiedenis nog steeds gebruikt mag worden.

HOOFDSTUK 6

tige redenen te ontbinden. De gewichtige redenen kunnen omstandigheden zijn die een dringende reden voor ontslag op staande voet hadden kunnen vormen, zij het dat dit niet is gegeven, alsook zodanige veranderingen in de omstandigheden dat de arbeidsovereenkomst dadelijk of op korte termijn dient te eindigen. Tot deze laatste categorie behoren alle redelijke ontslaggronden, zoals bedrijfseconomische redenen, onvoldoende functioneren door een werknemer, een conflict tussen werkgever en werknemer etc.

Bij een ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden kan de rechter, *“zo hem dat met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt”*, aan één van partijen een vergoeding toekennen. Deze vergoeding wordt naar billijkheid vastgesteld. Als leidraad bij het bepalen wanneer toekenning van een vergoeding geïndiceerd is en op welk bedrag deze moet worden vastgesteld, worden daarbij vrijwel steeds de, niet bindende, aanbevelingen gehanteerd die de Kring van Kantonrechters eind 1996 heeft vastgesteld,⁸ en in april 1998⁹ en november 1999¹⁰ op onderdelen heeft verfijnd. Op grond van de aanbevelingen wordt de vraag of een vergoeding moet worden toegekend, beantwoord aan de hand van de criteria risicosfeer en verwijtbaarheid. Is de ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan de werkgever te wijten of ligt deze in zijn risicosfeer, dan is toekenning van een vergoeding aan de werknemer billijk. Ligt de ontbinding in de risicosfeer van de werknemer of is deze aan hem te wijten, dan zal hij in beginsel geen aanspraak kunnen maken op een vergoeding. De hoogte van de vergoeding wordt berekend volgens de formule $A \times B \times C$, ook wel aangeduid als de ‘kantonrechtersformule’. A is het aantal gewogen dienstjaren¹¹ op de ontbindingsdatum, B is het bruto maandsalaris inclusief vaste loonbestanddelen zoals vakantietoeslag, een vaste 13^e maand, een structurele overwerkvergoeding en een vaste ploegentoeslag,¹² en C is de correctiefactor. In de correctiefactor of C-factor wordt verdisconteerd of de

8 “Landelijke kantongerechtfomule: $A \times B \times C$ ”, *NJB* 1996, p. 1838-1839.

9 “Kantonrechtersformule aangepast”, *NJB* 1998, p. 969-973. In feite gaat het om verfijningen met betrekking tot werknemersverzoeken, de verhouding tussen ontbindingsvergoeding en Sociaal Plan, en vergoeding voor de kosten van rechtsbijstand.

10 De aanpassingen zijn op 8 oktober 1999 vastgesteld en in werking getreden op 1 november 1999. Zij betreffen het reïntegratieplan en het zich ervan vergewissen of sprake is van een opzegverbod.

11 Dienstjaren tot de leeftijd van 40 tellen daarbij als 1, dienstjaren in de leeftijd van 40 tot 50 jaar als 1,5 en dienstjaren vanaf het 50^e jaar als 2. De diensttijd wordt afgerond op hele jaren, waarbij een periode van een half jaar en één dag als een heel dienstjaar geldt. Peildatum voor de vaststelling van de lengte van het dienstverband is de ontbindingsdatum.

12 In principe blijven beloningsbestanddelen als het werkgeversaandeel pensioenpremie, de auto van de zaak, onkostenvergoedingen, tantième, het werkgeversaandeel in de ziektekostenverzekering en een niet-structurele winstdeling buiten beschouwing.

VERGOEDING WEGENS PSYCHISCHE ZIEKTE IN HET ONTSLAGRECHT

ontbinding het gevolg is van verwijtbaar handelen van één der partijen en/of de ontbinding in de risicosfeer van ofwel de werkgever ofwel de werknemer ligt. Uitgangspunt is dat, indien de werkgever ontbinding vraagt, de correctiefactor op 1 wordt gesteld indien geen van de partijen een verwijt treft en/of indien de ontbindingsgrond niet in het bijzonder in de risicosfeer van één der partijen ligt. Vraagt de werknemer ontbinding, dan wordt de correctiefactor in beginsel op 0 gesteld. Indien de werknemer echter een sterk inhoudelijk gemotiveerd verzoek indient, dan zal de kantonrechter alle feiten en omstandigheden in acht nemen en aan de hand daarvan zijn oordeel vellen. In een dergelijk geval wordt, aldus de toelichting op aanbeveling 3.4 van de Kring van Kantonrechters met betrekking tot werknemersverzoeken, *“afgerekend’ op grond van de voldoende aannemelijk geworden feitelijke situatie.”* Het is dan niet relevant wie het ontbindingsverzoek heeft ingediend. Dit is echter anders indien de werknemer niet kan aantonen dat er gegronde redenen zijn voor zijn wens tot ontbinding. In dat geval zal aan hem geen vergoeding worden toegekend. De kantonrechter is overigens niet gehouden om ofwel een correctiefactor 1 ofwel een correctiefactor 0 toe te passen. Ook hogere correctiefactoren dan 1 of correctiefactoren tussen 0 en 1 zijn mogelijk.¹³ De ontbindingsrechter is bij het geven van zijn oordeel niet gebonden aan de gebruikelijke vereisten voor aansprakelijkheid, te weten normschending, relativiteit, causaal verband en schade. Hij hoeft alleen na te gaan of het billijk is om, gelet op de omstandigheden van het geval en de gedragingen van beide partijen, een vergoeding toe te kennen.¹⁴ Daarbij kan wel gewicht toekomen aan de vraag of één der partijen zijn verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst heeft geschonden, in die zin dat, indien door de werkgever verwijtbaar is gehandeld – hetgeen veelal overeenkomt met het niet nakomen door deze van een verplichting – er in elk geval grond is voor toekenning van een vergoeding aan de werknemer, terwijl hiervoor in elk geval geen grond zal zijn als de werknemer verwijtbaar heeft gehandeld. Verwijtbaar handelen van de werkgever is echter geen voorwaarde voor toekenning van een vergoeding aan de werknemer. Hiervoor is ook ruimte als een ontbinding alleen in de risicosfeer van de werkgever ligt, zonder dat door deze verwijtbaar is gehandeld.¹⁵

-
- 13 Hogere correctiefactoren dan 2 komen betrekkelijk weinig voor. Alleen bij korte dienstverbanden waarbij de kantonrechtersformule een lage vergoeding zou opleveren, wordt met enige regelmaat uitgegaan van een hogere factor dan 2. Zie G.C. Scholtens, *“Statistiek ontslagvergoedingen 2002: stilte voor de storm”*, *ArbeidsRecht* 2003, p. 4.
- 14 Zie ook J.J. Groen, *Rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst* (diss. Nijmegen), Arnhem 1989, p. 72-78.
- 15 De kantonrechter kan ook aan de werkgever een vergoeding toekennen. In de praktijk komt dat een enkele keer voor. Zie bijvoorbeeld: Ktr. Amsterdam 8 september 2003, *JAR* 2003, 230. Zie voorts M.B. Vestering, *“Vergoeding aan de werkgever”*, *ArbeidsRecht* 2004, p. 13-19. Voor het onderwerp van dit boek is deze mogelijkheid niet relevant, zodat daarop niet verder zal worden ingegaan.

HOOFDSTUK 6

Van een beschikking tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst is, behoudens uitzonderlijke gevallen, geen hoger beroep mogelijk. De kantonrechter beslist derhalve in eerste en enige instantie. Vanwege het bijzondere karakter van de ontbindingsprocedure – een verzoekschriftprocedure waarin snel een beslissing gegeven dient te worden – is de ontbindingsrechter ook niet gebonden aan de gewone bewijsregels. Dit brengt mee dat het in beginsel niet noodzakelijk is dat partijen hun stellingen bewijzen, maar dat zij kunnen volstaan met het aannemelijk maken daarvan, en dat er weinig tot geen ruimte is voor het houden van een getuigenverhoor of deskundigenonderzoek.¹⁶

6.2.2 Aard van de ontbindingsvergoeding

Zoals in de inleidende paragraaf al is opgemerkt, is de ontbindingsvergoeding niet gelijk te stellen aan een schadevergoeding. Met de ontbindingsvergoeding wordt niet beoogd om de werkelijk geleden schade te vergoeden. De vergoeding vormt weliswaar deels een tegemoetkoming in de schade die het gevolg is voor de werknemer van de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst, maar kan daarnaast gezien worden als compensatie voor het verlies van het dienstverband als zodanig en de als gevolg daarvan gederfde levensvreugde en verlies aan prestige.¹⁷ Ook kan de vergoeding het karakter hebben van compensatie voor onzorgvuldig handelen van de werkgever voorafgaand aan, en wellicht ook tijdens, de ontbindingsprocedure.

De ontbindingsvergoeding wordt naar billijkheid vastgesteld en niet begroot op de wijze als voorzien in titel 10 van boek 6 BW. In beginsel is er daarom ook geen ruimte voor het opsplitsen van de ontbindingsvergoeding in een vergoeding voor materiële en een vergoeding voor immateriële schade. Dit valt ook af te leiden uit de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters, waarin wordt uitgegaan van betaling van één lump-sum vergoeding en niet van toekenning van aparte bedragen voor materiële en immateriële schade.¹⁸

De ontbindingsvergoeding heeft wel trekken van een echte schadevergoeding in zoverre de vergoeding beoogt een compensatie te vormen voor de inkomensschade van de werknemer.¹⁹ Als een werknemer aansluitend aan de ontbinding

16 In de literatuur wordt wel gepleit voor aanpassing van de ontbindingsprocedure in dit opzicht aan gewone contentieuze procedures. Vgl. o.a. C.M.H. Kroeks, "Bewijsrecht in ontbindingsprocedures", *ArbeidsRecht* 2000, p. 4-6.

17 Vgl. C.J. Loonstra en W.A. Zondag, "Ontslagvergoedingsrecht: stand van zaken en perspectief", *NJB* 2000, p. 1270 en noot 24.

18 In de aanbevelingen wordt nergens expliciet op dit punt ingegaan, maar uit de wijze waarop wordt gesproken over 'de vergoeding' en 'de formule' blijkt wel dat men het oog had op één totaalbedrag aan vergoeding.

19 Zie expliciet de toelichting op aanbeveling 3.2 van de Kring van Kantonrechters.

een andere baan heeft gevonden met een vergelijkbaar of hoger salaris of als zijn inkomensschade beperkt is omdat hij uit andere bron, bijvoorbeeld op grond van een arbeidsongeschiktheidsverzekering, een uitkering ontvangt, heeft dit in de regel gevolgen voor de hoogte van de ontbindingsvergoeding.²⁰ Voorts is in de aanbeveling 3.5 van de Kring van Kantonrechters bepaald dat een ontbindingsvergoeding nimmer hoger dient te zijn – behoudens eventuele immateriële schade – dan de te verwachten inkomstenderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd. Overigens wordt minder rekening gehouden met schade die groter is dan hetgeen de kantonrechtersformule in een gegeven geval oplevert. Indien een hoge vergoeding wordt toegekend, is de reden daarvoor doorgaans dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en niet dat de werknemer veel schade lijdt.

6.2.3 *Ontbinding tijdens en/of wegens ziekte werknemer*

Ontbinding kan te allen tijde worden gevraagd, dus ook tijdens ziekte van een werknemer. Vraagt een werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer, dan kan de rechter dit verzoek echter alleen toewijzen als hij zich ervan heeft vergewist dat het verzoek geen verband houdt met de in lid 1 van artikel 7:685 BW genoemde opzegverboden, waaronder het opzegverbod gedurende de eerste twee ziektejaren van een werknemer. Deze bepaling betekent niet dat een kantonrechter een verzoek van een werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer nimmer kan en zal toewijzen, maar wel dat hij zal toetsen of de ziekte van de werknemer niet in de weg staat aan toewijzing van het ontbindingsverzoek.²¹ Om die reden zijn ook werkgevers tamelijk voorzichtig met het vragen van ontbinding tijdens ziekte. Voor werknemers geldt deze beperking niet. In de praktijk worden ontbindingsverzoeken tijdens ziekte dan ook in relatief veel gevallen ingediend door de werknemer zelf. Een werknemer kan belang hebben bij een dergelijk ontbindingsverzoek als hij geen mogelijkheden ziet voor voortzetting van de arbeidsovereenkomst vanwege zijn ziekte én hij vindt dat aan hem bij ontslag een vergoeding toekomt omdat de ziekte het gevolg is van het werk of van verwijtbaar handelen door zijn werkgever. Uitgangspunt bij een dergelijk werknemersverzoek is, zoals reeds

20 Vgl. voor de eerste situatie Ktr. Oud-Beijerland 29 juni 1998, *JAR* 1998, 178 en voor de tweede Ktr. Amersfoort 9 januari 1991, *Prg* 1991, 3404 en Ktr. Utrecht 16 augustus 1999, *JAR* 1999, 204.

21 In de praktijk worden verzoeken tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst van zieke werknemers vooral afgewezen als ontbinding wordt gevraagd vanwege de ziekte, wanneer de ziekte de werknemer beperkt in zijn mogelijkheden om verweer te voeren en wanneer de ziekte het gevolg is van het werk maar reïntegratie nog wel mogelijk lijkt. Zie in dit opzicht onder meer Ktr. Deventer 19 februari 2004, *JAR* 2004, 57; Ktr. Amsterdam 16 april 2004, *JAR* 2004, 121; Ktr. Alphen aan den Rijn 6 april 2004, *JAR* 2004, 102.

HOOFDSTUK 6

besproken in de vorige paragraaf, dat, als er sprake is van een sterk inhoudelijk gemotiveerd ontbindingsverzoek, het er niet toe doet of de werkgever of de werknemer het heeft ingediend. Ontbeert het verzoek een dergelijke motivering, dan riskeert de werknemer ontbinding zonder vergoeding.

In de toelichting op de verfijning in 1998 van kantonrechtersaanbeveling 3.4 met betrekking tot werknemersverzoeken is een paragraaf gewijd aan de arbeidsongeschikte werknemer die ontbinding met een vergoeding verzoekt. Daarin wordt onderscheid gemaakt tussen twee categorieën die in de toelichting worden aangeduid als respectievelijk '(langdurige) arbeidsongeschiktheid na een arbeidsconflict' en '(langdurige) arbeidsongeschiktheid anders dan door een arbeidsconflict'. Ten aanzien van de eerste categorie wordt opgemerkt dat, indien een werknemer zich ziek meldt naar aanleiding van een arbeidsconflict en de werkgever geen verdere actie onderneemt, zodat de werknemer zich op een gegeven moment genoodzaakt ziet om zelf ontbinding te vragen, er geen reden is om een ontbindingsverzoek van de werknemer anders te behandelen dan gebeurd zou zijn als de werkgever ontbinding zou hebben gevraagd. Bepalend voor de vraag of ontbonden moet worden en of daarbij aan de werknemer een vergoeding toekomt, is dan vooral of het arbeidsconflict voortzetting van het dienstverband in de weg staat, en, zo ja, aan wie het ontstaan en het voortbestaan van het arbeidsconflict is te wijten. Het feit dat de werknemer ziek is geworden door het arbeidsconflict speelt daarbij geen doorslaggevende rol. Hoogstens heeft het bestaan van ziekte een verhogende invloed op de ontbindingsvergoeding, als voor het overige wordt geoordeeld dat de ontbinding aan de werkgever is te wijten.

De categorie '(langdurige) arbeidsongeschiktheid anders dan door arbeidsconflict' wordt in de aanbevelingen van de Kantonrechters als volgt toegelicht:

"De werknemer die aan het (door zijn werkgever verboden) sportevenement meedoet en daarbij blijvend arbeidsongeschikt raakt heeft – naar algemeen zal worden aangenomen – in beginsel geen aanspraak op een beëindigingsvergoeding. De werknemer die door buitengewoon slechte arbeidsomstandigheden (niet zijnde een arbeidsongeval) uiteindelijk arbeidsongeschikt raakt zal – naar moet worden aangenomen – doorgaans wel een beëindigingsvergoeding toegekend krijgen. Ook hier dus weer de toepassing van de factoren risicosfeer en verwijtbaarheid. Het zal wel aan de werknemer zijn om aannemelijk te maken dat er een (causale) relatie ligt tussen arbeidsongeschiktheid en het verricht hebben van de arbeid. Een andere factor van belang is de opstelling van de werkgever (en de werknemer) in het reïntegratietraject (...)."

Uitgangspunt bij deze categorie is dus dat de werknemer het causaal verband tussen de werkzaamheden en zijn arbeidsongeschiktheid aannemelijk moet maken. In de rechtspraak wordt in de regel aangenomen dat, indien de werknemer hierin slaagt, hij aanspraak kan maken op een ontbindingsvergoeding. Anders dan in de toelichting op de aanbevelingen is gesteld, wordt in de regel niet geëist dat sprake is van buitengewoon slechte arbeidsomstandigheden. Meestal wordt het

VERGOEDING WEGENS PSYCHISCHE ZIEKTE IN HET ONTSLAGRECHT

voldoende gevonden indien de werknemer de relatie tussen werk en ziekte aan-nemelijk maakt.²²

Naar aanleiding van het Boulidam-arrest van de Hoge Raad²³ is de vraag gerezen of ook recht bestaat op een vergoeding inzake kennelijk onredelijk ontslag indien wel vaststaat dat een werknemer arbeidsongeschikt is geworden *nadat* hij langdu-rig bepaald werk heeft verricht, maar niet zonder meer dat dit ook het geval is *doordat* hij deze werkzaamheden heeft verricht. In dit arrest liet de Hoge Raad het oordeel van de rechtbank dat aan de werknemer een vergoeding toekwam omdat hij na 25 jaar zwaar werk als sloper/sorteerder was 'afgedankt', in stand met de overweging dat het voldoende was voor het oordeel dat sprake was van kenne-lijk onredelijk ontslag, dat Boulidam arbeidsongeschikt was geworden nadat hij zijn werk zo lang had gedaan. Het arrest betrof een kennelijk onredelijk ontslag, doch de 'niet doordat, maar nadat'-regel is in de lagere rechtspraak ook enkele keren toegepast in ontbindingszaken.²⁴ In de meeste uitspraken wordt het arrest Boulidam echter niet zonder meer gevolgd en wordt geoordeeld dat het nog steeds aan de werknemer is om de causale relatie tussen werk en ziekte aan te tonen.²⁵ Daarbij wordt veelal verwezen naar het arrest van de Hoge Raad in de zaak Thuiszorg Midden-Limburg, dat kort na de zaak Boulidam is gewezen, en waarin de Hoge Raad (nogmaals) duidelijk heeft gemaakt dat het niet aan de werkgever is om aan te tonen dat zijn belang bij de beëindiging van het dienst-verband van bijzonder gewicht is in verhouding tot het belang van de werkne-mer tot voortzetting ervan, maar aan de werknemer om te stellen en bewijzen dat

22 Vgl. onder meer Ktr. Amsterdam 27 februari 1989, *Prg* 1989, 3046; Ktr. Amsterdam 7 juni 1993, *JAR* 1993, 166; Ktr. Utrecht 16 augustus 1999, *JAR* 1999, 204; Ktr. 's-Hertogenbosch 21 juni 2000, *JAR* 2000, 215; Ktr. Enschede 18 oktober 2000, *JAR* 2000, 254. Zie ten aanzien van kennelijk onredelijk ontslag ook HR 3 december 2004, *JAR* 2005, 30 (Van Ree/Damco). Een uitzonde-ring is Ktr. Amsterdam 4 mei 1999, *Prg* 1999, 5185 die overwoog dat alleen recht bestaat op een ontbindingsvergoeding in geval een werknemer ziek is geworden als gevolg van *extreme* arbeidsomstandigheden.

23 HR 25 juni 1999, *NJ* 1999, 601; *JAR* 1999, 149.

24 Vgl. o.a. Ktr. Utrecht 16 augustus 1999, *JAR* 1999, 204 en Ktr. Zutphen 20 april 2000, *JAR* 2000, 158. Zie ook ten aanzien van kennelijk onredelijk ontslag: Ktr. Alkmaar 4 december 2002, *JAR* 2003, 1; Ktr. Utrecht 3 maart 2004, *JAR* 2004, 80.

25 Vgl. bijv. ten aanzien van kennelijk onredelijk ontslag Ktr. Middelburg 14 mei 2001, *JAR* 2001, 12; Ktr. 's-Gravenhage 23 mei 2001, *JAR* 2001, 133; Ktr. Maas-tricht 6 juni 2001, *JAR* 2001, 120; Ktr. Bergen op Zoom 6 februari 2002, *JAR* 2002, 52; Ktr. Zaanstad 31 oktober 2002, *JAR* 2002, 283; Ktr. Heerlen 29 januari 2003, *JAR* 2003, 59; Ktr. Zaanstad 30 januari 2003, *JAR* 2003, 64; en ten aanzien van ontbinding Ktr. Wageningen 13 juni 2001, *JAR* 2001, 137.

HOOFDSTUK 6

een ontslag kennelijk onredelijk is.²⁶ Hieruit wordt afgeleid dat ook de stelplicht en bewijslast ten aanzien van het causaal verband tussen werk en ziekte, welke relatie volgens de werknemer een ontslag zonder vergoeding onredelijk maakt, bij de werknemer ligt. Verder wordt in de literatuur wel betoogd dat uit het Boulidam-arrest niet afgeleid zou moeten worden dat niet meer aannemelijk gemaakt hoeft te worden dat causaal verband bestaat tussen werk en arbeidsongeschiktheid in het kader van een procedure ex artikel 7:685 BW of 7:681 BW, doch dat het arrest in die zin opgevat zou moeten worden dat causaal verband tussen werk en arbeidsongeschiktheid niet expliciet hoeft te worden aangetoond, maar ook aanwezig kan worden geacht indien dit aannemelijk is op grond van de omstandigheden.²⁷

Deze laatste opvatting lijkt mij juist, nu uit het Boulidam-arrest en de daarna gewezen rechtspraak niet expliciet valt af te leiden dat een (oudere) zieke werknemer steeds recht heeft op een vergoeding, ook als niet vaststaat dat de ziekte het gevolg is van het werk.²⁸ Zou dat anders zijn, dan zou in feite elke (oudere) werknemer, die lange tijd bepaald werk heeft gedaan en die op enig moment ziek is geworden, aanspraak kunnen maken op een ontslagvergoeding, ook als het niet aannemelijk is dat zijn ziekte het gevolg is van het werk. Dit standpunt is niet conform de huidige stand van de rechtspraak. Het lijkt me dan ook dat, als een werknemer ontbinding verzoekt omdat hij arbeidsongeschikt is geworden nadat hij langdurig bepaalde werkzaamheden heeft verricht, hij toch een zekere causale relatie tussen werk en arbeidsongeschiktheid aannemelijk moet maken. Dit laat onverlet dat er in specifieke gevallen aanleiding kan zijn om van dit uitgangspunt af te wijken op grond van de omstandigheden van het geval. Als hoofdregel lijkt me echter dat de last van het aannemelijk maken van het verband tussen werk en ziekte bij de werknemer moet blijven liggen, een en ander ook conform de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters.

6.2.4 Toekenning van een vergoeding wegens psychische arbeidsongeschiktheid in de ontbindingsprocedure

Een werknemer die psychisch ziek is geworden als gevolg van een arbeidsconflict of als gevolg van slechte werkomstandigheden en zich daardoor genoodzaakt ziet om ontbinding te verzoeken, kan, gezien aanbeveling 3.4 van de Kring van

26 Dit is al jaren vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. Zie ook HR 16 januari 1998, JAR 1998, 56 (Van der Moere c.s./Stichting Nijenrode); HR 26 mei 1998, JAR 1998, 153 (H./Stichting Zorgverlening); HR 17 december 1999, NJ 2000, 171 (Stichting Thuiszorg Midden-Limburg).

27 Zie Van Slooten, *Sociaal Recht* 2001, p. 44. Instemmend op dit punt is de kantonrechter te Maastricht in zijn uitspraak van 6 juni 2001, JAR 2001, 120, overweging 3 onder d. en e.

28 Zie de rechtspraak genoemd in noot 25 van dit hoofdstuk.

VERGOEDING WEGENS PSYCHISCHE ZIEKTE IN HET ONTSLAGRECHT

Kantonrechters en de toelichting daarop, in beginsel aanspraak maken op een ontbindingsvergoeding als ofwel het arbeidsconflict ofwel de slechte werkomstandigheden aan de werkgever te wijten zijn of in diens risicosfeer liggen. Wordt ontbinding gevraagd vanwege een arbeidsconflict dat psychische ziekte bij de werknemer teweeg heeft gebracht, dan is voor de vraag of aan de werknemer een vergoeding toekomt in de regel bepalend aan welke partij het arbeidsconflict en het niet oplossen daarvan te wijten is en/of in wiens risicosfeer deze omstandigheden liggen. Van toekenning van een vergoeding op basis van het criterium 'risicosfeer' is dan sprake indien het enkele bestaan van een arbeidsconflict en de daarvoor noodzakelijk geworden ontbinding, de redenen zijn voor het toekennen van de vergoeding, zonder dat daarbij wordt vastgesteld of één van beide partijen van het conflict in overwegende mate een verwijt treft.²⁹ In zekere zin is dan sprake van vergoeding op no-fault basis.³⁰ Toekenning van een vergoeding op basis van het criterium 'verwijtbaarheid' is aan de orde als het arbeidsconflict en de daaropvolgende ontbinding (hoofdzakelijk) zijn toe te rekenen aan verwijtbaar handelen van de werkgever.³¹ De toetsing die dan plaatsvindt, is enigszins te vergelijken met de toetsing aan foutaansprakelijkheid van de werkgever, zoals beschreven in de hoofdstukken 3 en 4.

Binnen de categorie 'arbeidsongeschiktheid anders dan door arbeidsconflict' kan aan een werknemer die psychisch ziek is geworden door omstandigheden op zijn werk een ontbindingsvergoeding toekomen als de werknemer aannemelijk maakt dat hij inderdaad ziek is geworden door het werk en/of door verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever. Ook hierbij kan weer onderscheid gemaakt worden tussen toekenning van een vergoeding op basis van het criterium risicosfeer, en daarmee in zekere zin op no-fault basis, en toekenning op basis van verwijtbaarheid/tekortschieten van de werkgever. Een voorbeeld van het eerste geval is de situatie waarin de rechter aanneemt dat een werknemer een burn-out heeft gekregen door langdurige overbelasting, maar in het midden laat of er verwijtbaar is gehandeld door de werkgever.³² Een voorbeeld van het tweede is de situatie waarin de rechter oordeelt dat een werknemster psychisch ziek is geworden door verwijtbaar handelen van de werkgever, bijvoorbeeld door seksuele intimidatie waartegen door de werkgever te weinig is opgetreden.³³

29 Zie bijvoorbeeld Ktr. 's-Hertogenbosch 21 juni 2000, *JAR* 2000, 215 (C=0,5) – slechte werksfeer, verwijten over en weer, maar niet vast te stellen wie het bij het rechte eind heeft.

30 Zie ook § 6.1.

31 Zie bijvoorbeeld Ktr. Alphen aan den Rijn 23 december 2003, *JAR* 2003, 34 (C=2,5) – ontbinding op verzoek (zieke) werknemster na conflict over opnemen ouderschapsverlof.

32 Zie bijvoorbeeld Ktr. Enschede 18 oktober 2000, *JAR* 2000, 254 (C=0,6).

33 Ktr. Apeldoorn 4 maart 2003, *Prg* 2003, 6118 (C=4).

HOOFDSTUK 6

Zowel in de categorie 'arbeidsongeschikt na een arbeidsconflict' als in de categorie 'arbeidsongeschikt anders dan door een arbeidsconflict' wordt in de regel een hogere vergoeding toegekend wanneer vaststaat dat sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever dan wanneer alleen vaststaat dat er een causale relatie is tussen ziekte en werk. In het eerste geval wordt de correctiefactor regelmatig op een getal hoger dan 1 gesteld, terwijl in het tweede geval de correctiefactor meestal tussen de 0 en de 1 ligt.

6.2.5 *Toetsen aan verwijtbaarheid en/of risicosfeer in de ontbindingsprocedure en samenhang met aansprakelijkheidsprocedure*

Een discussiepunt bij dit alles is of de kantonrechter in de ontbindingsprocedure vast kan stellen of sprake is van tekortschieten door de werkgever en of causaal verband tussen werk en (psychische) ziekte bestaat, of dat hij er beter aan doet deze kwesties door te verwijzen naar een procedure ex artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW.³⁴ Deze vraag doet zich met name voor in het geval een zieke werknemer ontbinding verzoekt met toekenning van een vergoeding omdat de situatie die dan aan de orde is wezenlijke overeenkomsten vertoont met de situatie waarvoor de procedure van artikel 7:658 BW (of artikel 7:611 BW) geschreven is. In beide gevallen vraagt de werknemer namelijk een vergoeding wegens arbeidsongeschiktheid die, naar zijn zeggen, is ontstaan in de uitoefening van de werkzaamheden.³⁵

Verschillende kantonrechters zijn van oordeel dat de vraag of een werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen jegens een werknemer en of er een causale relatie bestaat tussen ziekte en werk niet beantwoord kan worden in een ontbindingsprocedure, omdat daarin maar beperkt nader feitenonderzoek kan plaatsvinden, er in beginsel geen ruimte is voor een deskundigenonderzoek of een getuigenverhoor, en geen hoger beroep mogelijk is.³⁶ Naar de mening van deze rechters dienen genoemde vragen beoordeeld te worden in een bodemprocedure op grond van artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW omdat deze procedures meer waarborgen bieden voor een grondige beoordeling. Een deel van deze rechters wijst daarom een ontbindingsverzoek, waarin een vergoeding wordt gevraagd vanwege (psychische) ziekte, af, of wijst het verzoek toe zonder toekenning van

34 Zie over deze materie ook M.S.A. Vegter, "Ontbindingsvergoeding bij langdurige arbeidsongeschiktheid", *Sociaal Recht* 2002, p. 249-253.

35 Zie ook § 6.1 en Van Slooten, *Sociaal Recht* 2001, p. 41-49.

36 Zie ten aanzien van de vraag of de werkgever zijn verplichtingen heeft nageleefd: Ktr. 's-Hertogenbosch 21 juni 2000, *JAR* 2000, 215; Ktr. Amsterdam 18 februari 1999, nr. EA 98-5485, n.g.; Ktr. Oud-Beijerland 29 juni 1998, *JAR* 1998, 178; Ktr. Hoorn 9 augustus 1993, *JAR* 1993, 220, en met betrekking tot de vraag of er een causaal verband bestaat tussen ziekte en werkzaamheden: Ktr. Rotterdam 31 januari 2003, *Prv* 2003, 6028; Ktr. 's-Hertogenbosch 23 februari 2000, *JAR* 2000, 127.

VERGOEDING WEGENS PSYCHISCHE ZIEKTE IN HET ONTSLAGRECHT

een vergoeding.³⁷ Andere rechters kennen in een dergelijk geval, indien het hun aannemelijk voorkomt dat er een causale relatie bestaat tussen werk en (psychische) ziekte, een gematigde vergoeding toe op grond van het feit dat de arbeidsongeschiktheid in een dergelijk geval geacht wordt in de risicosfeer van de werkgever te liggen. Deze rechters laten dan buiten beschouwing of er ook sprake is van verwijtbaar handelen door de werkgever. Soms overwegen zij hierbij expliciet dat de werknemer met betrekking tot de vraag of zijn werkgever is tekortgeschoten ten aanzien van de arbeidsongeschiktheid een procedure ex artikel 7:658 BW aanhangig kan maken;³⁸ soms blijft dit in het midden.³⁹ Tenslotte zijn er nog rechters die in de ontbindingsprocedure wel integraal toetsen of de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen, met andere woorden of hij verwijtbaar heeft gehandeld. Soms achten zij het ondanks deze toetsing mogelijk dat de werknemer ook een procedure ex artikel 7:658 BW (of 7:611 BW) begint;⁴⁰ soms spreken zij zich hier niet over uit.⁴¹

Juridisch gezien lijken alle drie de benaderingen mogelijk, nu de ontbindingsrechter een grote mate van vrijheid heeft bij zijn beslissing om al dan niet een vergoeding toe te kennen alsook bij de vaststelling van de hoogte ervan. Hij dient immers te beoordelen of toekenning van een vergoeding billijk is, gelet op alle omstandigheden van het geval. Vóór het toetsen aan het criterium verwijtbaarheid in de ontbindingsprocedure – de derde benadering – pleit mijns inziens dat ook de vraag of de werkgever al dan niet verwijtbaar heeft gehandeld een omstandigheid is die, gelet op de verplichting van de rechter om acht te slaan op alle

37 Vgl. voor het eerste Ktr. Hoorn 9 augustus 1993, *JAR* 1993, 220 en voor het tweede (ontbinding zonder vergoeding) Ktr. Rotterdam 31 januari 2003, *Prg* 2003, 6028; Ktr. Groningen 15 januari 2001, *JAR* 2001, 48; Ktr. Oud-Beijerland 29 juni 1998, *JAR* 1998, 178.

38 Ktr. Utrecht 1 augustus 2001, *JAR* 2001, 195; Ktr. 's-Hertogenbosch 23 februari 2000, *JAR* 2000, 127; Ktr. Amsterdam 18 februari 1999, nr. EA 98-5485, n.g.; Ktr. Amsterdam 8 juni 2000, nr. EA 00-1438, n.g.; Ktr. Hilversum 10 augustus 2000, nr. EA 00-348, n.g.; zie over deze laatste drie uitspraken M.S.A. Vegter, "RSI en het 'recht' op een ontslagvergoeding", *Praktisch Procederen* 2002, p. 67-73.

39 Ktr. Amsterdam 9 oktober 2003, *JAR* 2003, 282; Ktr. Rotterdam 11 december 2002, *JAR* 2003, 61; Ktr. Apeldoorn 14 juni 1999, nr. 94846/HA 99-115, n.g.; Ktr. Amsterdam 23 februari 2000, nr. EA-3795/99, n.g.

40 Ktr. Breda 16 november 2001, *JAR* 2002, 3. C=1,5 onder meer vanwege het nalaten van de werkgever om noodzakelijke maatregelen te treffen, maar met de overweging dat geen rekening wordt gehouden met de schade die de werknemer stelt te hebben geleden als gevolg van het tekortschieten door de werkgever in zijn zorgplicht. Vgl. ook Ktr. Leiden 28 april 1999, *JAR* 1999, 267.

41 Ktr. Heerlen 16 februari 2000, *JAR* 2000, 52; Ktr. Breda 23 juni 2000, *JAR* 2000, 167.

HOOFDSTUK 6

omstandigheden van het geval, in zijn oordeel moet worden betrokken. Dit geldt in elk geval, zo volgt uit de Baijings-jurisprudentie,⁴² voor die aanspraken die samenhangen met de beëindiging van het dienstverband. Vóór deze benadering pleit ook dat in de toelichting op de kantonrechtersaanbevelingen expliciet vermeld staat dat de criteria risicosfeer én verwijtbaarheid bepalend zijn voor de vraag of een vergoeding moet worden toegekend en, zo ja, ter hoogte van welk bedrag.

Tégen het toetsen of een werkgever is tekort geschoten in zijn zorgplicht (en dus verwijtbaar heeft gehandeld) pleit echter dat de ontbindingsprocedure daarvoor niet geschikt is, nu er geen ruimte is voor bewijslevering en geen hoger beroep openstaat. Een bodemprocedure ex artikel 7:658 BW of 7:611 BW biedt in dit opzicht een geschikter kader.⁴³ Het ontbreken van bewijsmogelijkheden en van hoger beroep kan vooral werkgevers benadelen, omdat een werknemer altijd nog de mogelijkheid heeft om een aansprakelijkheidsprocedure te starten. Een werkgever blijft echter gehouden om een ontbindingsvergoeding te betalen die is toegekend op de grond dat hem een verwijt treft van het ontstaan van ziekte van de werknemer, ook indien in een latere procedure op grond van artikel 7:658 BW of 7:611 BW zou worden geoordeeld dat hij (toch) niet in zijn zorgplicht is tekortgeschoten.

Een uitweg uit dit dilemma lijkt te zijn om in een ontbindingsprocedure niet te toetsen of de arbeidsongeschiktheid van een werknemer door verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever is veroorzaakt en om deze vraag naar een bodemprocedure te verwijzen, maar om aan de werknemer wel een – beperkte – vergoeding toe te kennen als het voldoende aannemelijk is dat hij ziek is geworden door het werk. Daardoor wordt voorkomen dat rechtsongelijkheid ontstaat tussen een werknemer van wie de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden onder toekenning van een vergoeding vanwege een oorzaak als een arbeidsconflict of dreigend ontslag op bedrijfseconomische gronden, en een werknemer die ontbinding vraagt wegens ziekte en geen vergoeding kan krijgen omdat in zijn geval een andere procedure meer voor de hand ligt. Daarnaast kan de daadwerkelijke aansprakelijkheidsvraag in een dergelijk geval worden beoordeeld in een met voldoende waarborgen omklede (aansprakelijkheids)procedure, terwijl, indien in die procedure zou worden geoordeeld dat de werkgever geen tekortkoming valt te verwijten ten aanzien van de ziekte van de werknemer, de werkgever in elk geval geen hoge ontbindingsvergoeding heeft hoeven te betalen.

42 Zie hierover § 3.12.

43 Zie ook Van Slooten, *Sociaal Recht* 2001, p. 45, die er ook op wijst dat de schadevergoeding ex art. 7:658 BW doorgaans valt onder de bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering van werkgevers, terwijl dit niet het geval is bij de vergoeding van art. 7:685 BW. Onduidelijk is overigens hoe de situatie op dit punt is met betrekking tot schadevergoedingen ex art. 7:611 BW.

VERGOEDING WEGENS PSYCHISCHE ZIEKTE IN HET ONTSLAGRECHT

Bij deze ontsnappingsroute passen echter ook enige kanttekeningen. Ten eerste is het veelal moeilijk, en soms zelfs onmogelijk, om onderscheid te maken tussen vragen naar het causaal verband tussen werk en ziekte enerzijds en tekortschieten van de werkgever anderzijds. Zoals reeds is besproken in § 3.6, kan het bewijs dat een werknemer psychisch ziek is geworden door het werk veelal niet geleverd worden zonder daarbij de eventuele tekortkoming van de werkgever te betrekken. Zorgplicht en causaal verband worden in het kader van artikel 7:658 BW ook algemeen beschouwd als communicerende vaten.⁴⁴ Dat betekent dat het uit elkaar halen van zorgplicht en causaal verband, om vervolgens een ontbindingsvergoeding toe te kennen alleen op de grond dat er causaal verband bestaat tussen werk en ziekte zonder daarbij de verwijtbaarheid van de werkgever te betrekken, in de praktijk veelal geen reële optie is.

Een tweede kanttekening betreft de omstandigheid dat door het toekennen in een ontbindingsprocedure van een vergoeding zuiver en alleen op de grond dat een ziekte door het werk is veroorzaakt, een vorm van risicoaansprakelijkheid wordt gecreëerd, dit terwijl de Hoge Raad dit uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen in de verhouding tussen artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW.⁴⁵ Weliswaar kan gezegd worden dat in een ontbindingsprocedure nu eenmaal een vergoeding kan worden toegekend op basis van alle omstandigheden van het geval, waaronder de omstandigheid dat een ziekte door het werk is veroorzaakt, zodat in die zin geen sprake is van een zuivere vorm van risicoaansprakelijkheid, maar feit blijft dat het toekennen van een vergoeding alleen omdat een ziekte door het werk komt, daar wel heel dichtbij komt.

Het uit elkaar trekken van verwijtbaarheid (zorgplicht) en risicosfeer (causaal verband) is daarom geen goede optie. De vraag is dan of een ontbindingsrechter er beter aan doet om geheel geen vergoeding toe te kennen wegens arbeidsongeschiktheid door het werk en werknemers die daarom verzoeken steeds naar de bodemprocedure te verwijzen. Hiervoor valt mijns inziens het nodige te zeggen. Nadeel is dan echter dat rechtsongelijkheid ontstaat tussen zieke werknemers die geen en andere werknemers die wél ontbinding met een vergoeding kunnen vragen. Daarom meen ik dat de deur naar de ontbindingsvergoeding voor de categorie werknemers die ziek zijn geworden door het werk niet geheel gesloten moet worden. Wel lijkt me dat aan hen alleen dan een ontbindingsvergoeding zou moeten worden toegekend als evident is dat hun werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen – want alleen dan kan ervan uitgegaan worden dat in een

44 L. Bier, "De kunst van het zoeken. Hoe te voldoen aan de stelplecht bij de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten", *Verkeersrecht* 2001, p. 133. Zie ook R. van de Water, "Bewijslastverdeling bij beroepsziekten", *ArbeidsRecht* 2001, p. 13-17. Zie verder § 3.6.

45 HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572 m.nt. PAS onder HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573 (De Kok/Jansen's Schoonmaakbedrijven). Zie ook HR 22 maart 1991, *NJ* 1991, 420 (Roeffen/Thijssen B.V.). Zie § 3.2.1.

HOOFDSTUK 6

bodemprocedure in dezelfde zin geoordeeld zal worden – en dat, als vervolgens in een bodemprocedure tot aansprakelijkheid van de werkgever wordt geconcludeerd, dat gedeelte van de ontslagvergoeding op de schadevergoeding in mindering wordt gebracht waarvan kan worden gezegd dat het is toegekend ter compensatie van de inkomstenderving door het verlies van het dienstverband.⁴⁶

Overigens geldt hetgeen hier is opgemerkt alleen voor de situatie waarin een *werknemer* ontbinding met een vergoeding vraagt omdat hij arbeidsongeschikt is geworden door het werk. Alleen in dat geval heeft de werknemer namelijk de keuze om ofwel een aansprakelijkheidsprocedure ofwel een ontslagprocedure te starten. Vraagt de werkgever ontbinding, dan is er geen sprake van een situatie waarop eigenlijk artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW van toepassing is, maar van een meer reguliere ontslagsituatie.

6.3 Toekenning van een vergoeding wegens psychische ziekte in de procedure inzake kennelijk onredelijk ontslag (artikel 7:681 BW)

6.3.1 *Algemene aspecten van de kennelijk onredelijk ontslagprocedure*

Op grond van artikel 7:681 BW kan zowel de werkgever als de werknemer in rechte vorderen dat de kantonrechter aan één van beide partijen een schadevergoeding toekent omdat deze de arbeidsovereenkomst op kennelijk onredelijke wijze heeft beëindigd. Blijkens lid 2 van artikel 7:681 BW kan opzegging door de werkgever onder andere kennelijk onredelijk geacht worden indien deze heeft plaatsgevonden zonder opgave van redenen of onder opgave van een valse of voorgewende reden, indien, mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in verhouding tot het belang van de werkgever bij de opzegging, wanneer de opzegging geschiedt vanwege dienstplichtigheid van de werknemer, indien het anciënniteitsbeginsel is geschonden zonder dat hiervoor zwaarwichtige redenen zijn en indien de opzegging geschiedt wegens het weigeren van arbeid door de werknemer vanwege gewetensbezwaren. Ook andere gronden zijn mogelijk. De hiervoor gegeven opsomming is niet limitatief. De rechter is bij zijn oordeel niet gebonden aan de criteria van het aansprakelijkheidsrecht. Wel geldt ook hier, evenals in de ontbindingsprocedure, dat een ontslag dat het gevolg is van het niet nakomen door de werkgever van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst grond kan zijn voor het oordeel dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. In de praktijk is de tweede grond voor kennelijk onredelijk ontslag – de ernstige gevolgen van het ontslag – overigens verreweg de belangrijkste.

Ook opzegging door de werknemer kan kennelijk onredelijk zijn. In de praktijk doet de werkgever daar slechts zelden een beroep op. Omdat opzegging door de

⁴⁶ Zie voor een uitgebreidere motivering hiervan § 3.12.1.

VERGOEDING WEGENS PSYCHISCHE ZIEKTE IN HET ONTSLAGRECHT

werknemer ook voor het onderwerp van dit boek niet relevant is, zal hieraan verder geen aandacht worden besteed.

Een vordering uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag kan alleen aanhangig worden gemaakt indien de dienstbetrekking reeds is opgezegd.⁴⁷ Opzegging van de arbeidsovereenkomst kan naar Nederlands recht, op een paar uitzonderingen na, alleen plaatsvinden met toestemming van de functionaris juridische zaken van het Centrum voor werk en inkomen (CWI), welke functionaris ook wel wordt aangeduid als *de* CWI.⁴⁸ Het feit dat de CWI toestemming heeft gegeven voor een opzegging, brengt echter niet mee dat de opzegging per definitie redelijk is. De rechter dient de redelijkheid van het ontslag zelf te beoordelen, los van de beslissing van de CWI.⁴⁹

De procedure ex artikel 7:681 BW is een bodemprocedure, die ingeleid dient te worden bij dagvaarding. Tegen een vonnis in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure kan hoger beroep en cassatie worden ingesteld. De gewone bewijsregels zijn van toepassing. Dat betekent onder andere dat de werknemer die stelt dat hij op kennelijk onredelijke wijze is ontslagen, dit moet bewijzen, en dat getuigenverhoor en deskundigenonderzoek mogelijk zijn.

6.3.2 Aard van de vergoeding inzake kennelijk onredelijk ontslag

Indien de rechter van oordeel is dat een ontslag kennelijk onredelijk is, *moet* hij een schadevergoeding toekennen⁵⁰ of de werkgever veroordelen om de arbeidsovereenkomst te herstellen. Een veroordeling tot herstel van het dienstverband kan evenwel altijd op verzoek van de werkgever worden afgekocht.⁵¹ De vergoeding van artikel 7:681 BW is, hoewel het woord *schadevergoeding* in artikel 7:681 lid 1 BW anders doet vermoeden, geen schadevergoeding als bedoeld in afdeling 6.1.10 BW, maar een met de ontbindingsvergoeding vergelijkbare vergoeding naar billijkheid.⁵² Overigens werd in artikel 7A:1639s (oud) BW niet gesproken van een *schadevergoeding*, maar van een *schadevergoeding naar billijkheid*. Met deze

47 Een vordering inzake kennelijk onredelijk ontslag kan niet worden ingesteld indien de arbeidsovereenkomst is ontbonden.

48 In bepaalde gevallen is voor een ontslag geen toestemming van de CWI vereist, namelijk indien het een ontslag betreft van een werknemer die wel een werknemer in de zin van het BW is, maar niet in de zin van het BBA. Hiertoe behoren onder andere statutair bestuurders, een groot deel van het onderwijspersoneel en personen die een geestelijk ambt bekleden. Zie art. 2 BBA.

49 HR 5 april 1991, *NJ* 1991, 422 (Dkourou e.a./Domburg Vlees B.V.)

50 HR 4 juni 1976, *NJ* 1977, 98 (Derksen/Derksen B.V.).

51 Vgl. art. 7:682 BW.

52 HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 495 m.nt. PAS en *JAR* 1992, 11 (Nedlloyd/Monteiro e.a.); HR 3 september 1993, *NJ* 1993, 715 en *JAR* 1993, 223 (Korzelijs/Houtunie Alkmaar B.V.). Zie ook Luttmer-Kat 2002 (*T&C Arbeidsrecht*), art. 7:681 BW, aant. 4.

HOOFDSTUK 6

laatste woorden werd bedoeld dat voor het stellen en het bewijzen niet de stringente, gewone regels van het BW golden.⁵³ Bij de opname van de Wet op de arbeidsovereenkomst in het Nieuw BW in 1997 zijn de woorden *naar billijkheid* komen te vervallen, omdat, aldus de minister, deze woorden in het Nieuw BW verwijzen naar de vergoeding voor immateriële schade, terwijl de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding geen betrekking heeft op ideële schade.⁵⁴ Er is derhalve alleen sprake van een tekstuele en niet van een inhoudelijke wijziging van artikel 7:681 BW ten opzichte van artikel 7A:1639s (oud) BW.

De vergoeding naar billijkheid van artikel 7:681 BW kan door de rechter toegekend worden zowel met het oog op de gevolgen van de beëindiging van het dienstverband als met het oog op eventueel onzorgvuldig handelen door de werkgever.⁵⁵ Een vergoeding ex artikel 7:681 BW kan ook worden toegekend indien de werknemer geen (inkomens)schade heeft geleden.⁵⁶ De vergoeding is dan verschuldigd wegens onzorgvuldig dan wel verwijtbaar handelen van de werkgever. De vergoeding inzake kennelijk onredelijk ontslag is geen schadevergoeding in die zin dat de schade als gevolg van het ontslag exact begroot of geschat wordt en dat een daarop afgestemde vergoeding wordt toegekend. Wel heeft ook de vergoeding inzake kennelijk onredelijk ontslag trekken van een 'echte' schadevergoeding, hetgeen onder meer blijkt uit het feit dat de vergoeding doorgaans op een lager bedrag wordt gesteld als de werknemer ander werk heeft gevonden.⁵⁷ De vergoeding inzake kennelijk onredelijk ontslag is in dit opzicht vergelijkbaar met de ontbindingsvergoeding.

Voor de vergoeding van artikel 7:681 BW geldt geen normering zoals de Kring van Kantonrechters die heeft opgesteld ten aanzien van de ontbindingsvergoeding. Uit onderzoek onder kantonrechters blijkt evenwel dat driekwart van hen

53 Vgl. TK 1993-1994, 23 438, nr. 3, p. 51.

54 TK 1993-1994, 23 438, nr. 3, p. 51. De minister merkte verder nog op dat de woorden 'naar billijkheid' overbodig zouden zijn omdat de rechter op grond van art. 6:97 BW al gerechtigd zou zijn om de schade te begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming. Daarbij ging de minister echter voorbij aan het feit dat het begroten of schatten van schade in het algemeen verbintenissenrecht niet gelijk is aan het vaststellen naar billijkheid van een ontslagvergoeding. Zie verder § 3.9.5 en § 6.2.2.

55 Vgl. A.M. Luttmer-Kat, "De rechtsgrond van (forfaitaire) ontslagvergoedingen", *SMA* 1999, p. 436.

56 HR 3 september 1993, *NJ* 1993, 715 (Korzelijs/Houtunie Alkmaar B.V.) en HR 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266 (Schoonderwoert).

57 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 10 januari 2003, *JAR* 2003, 105. Dat de werknemer ander werk heeft gevonden, moet dan wel bekend zijn op het moment van opzegging, omdat dat moment bepalend is voor het beoordelen van de kennelijke onredelijkheid.

in 7:681-procedures aansluiting zoekt bij de ontbindingsvergoeding.⁵⁸ Door sommige rechters wordt nog wel aangenomen dat de kantonrechtersformule niet kan worden gehanteerd bij vaststelling van de vergoeding inzake kennelijk onredelijk ontslag.⁵⁹ Het gaat daarbij echter om een minderheid. De literatuur lijkt, naar mijn mening terecht, overwegend voorstander te zijn van een min of meer analoge toepassing van de kantonrechtersformule in geval van kennelijk onredelijk ontslag.⁶⁰ Daarvoor genoemde redenen zijn dat de hoogte van de vergoeding niet afhankelijk zou moeten zijn van de ontslagroute die de werkgever kiest (CWI-aanvraag of ontbinding),⁶¹ dat ook ten aanzien van op basis van kennelijk onredelijk ontslag toegekende vergoedingen normering gewenst is,⁶² dat de toetsing bij ontbinding en kennelijk onredelijk ontslag vrijwel dezelfde is,⁶³ en dat het verschil tussen de schadevergoeding ex artikel 7:681 BW en de ontbindingsvergoeding ex artikel 7:685 BW marginaal is.⁶⁴ Argumenten voor het niet volgen van de aanbevelingen zijn met name dat bij kennelijk onredelijk ontslag al een opzegtermijn in acht is genomen en er al een procedure bij de CWI is gevoerd. Met deze aspecten kan evenwel rekening worden gehouden bij de vaststelling van de omvang van de vergoeding inzake kennelijk onredelijk ontslag,⁶⁵ zodat deze argumenten mijns inziens niet veel gewicht in de schaal leggen.

- 58 R.M. Beltzer e.a., *Ontslagvergoedingen, regelingen, opvattingen en praktijk*, Sinzheimer cahiers 13, Amsterdam april 1998. Zie in de rechtspraak bijv. Hof Arnhem 18 maart 2003, *JAR* 2003, 127; Ktr. Zutphen 25 februari 2003, *JAR* 2003, 100; Ktr. Amsterdam 1 september 2000, *JAR* 2001, 2 en Rb. 's-Gravenhage 6 december 2000, *JAR* 2001, 19. Zie ook G.C. Scholtens, "Statistiek ontslagvergoedingen 2003: gerommel in de polder (I)", *ArbeidsRecht* 2004, p. 13, die opmerkt dat uit de gepubliceerde rechtspraak in kennelijk onredelijk ontslagzaken uit 1993 het beeld naar voren komt dat, indien het ontslag kennelijk onredelijk wordt geoordeeld, de reflexwerking van de kantonrechtersformule steeds meer ingang vindt.
- 59 Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 10 januari 2003, *JAR* 2003, 105; Ktr. Rotterdam 2 mei 2000, *JAR* 2000, 144.
- 60 Zie met name het themanummer hierover van het tijdschrift Sociaal Recht 1998, nr. 1: R. van de Water, "Van kennelijk onredelijk naar onredelijk ontslag", *Sociaal Recht* 1998, p. 8-10; A. Schellart en R.S. van Coevorden, "Is verandering van omstandigheden kennelijk onredelijk?", *Sociaal Recht* 1998, p. 10-14; J.J.M. de Laat, "De cirkel is weer rond", *Sociaal Recht* 1998, p. 14-20.
- 61 Van de Water, *Sociaal Recht* 1998, p. 9 en Schellart en Van Coevorden, *Sociaal Recht* 1998, p. 12.
- 62 Van de Water, *Sociaal Recht* 1998, p. 9-10.
- 63 Schellart en Van Coevorden, *Sociaal Recht* 1998, p. 12 en De Laat, *Sociaal Recht* 1998, p. 16.
- 64 De Laat, *Sociaal Recht* 1998, p. 18.
- 65 In de praktijk gebeurt dit ook: zie bijvoorbeeld Ktr. Gouda 6 februari 2003, *Prg* 2003, 6027; Ktr. 's-Hertogenbosch 17 februari 2000, *JAR* 2000, 70; Rb. Zwolle 29 september 1999, *JAR* 1999, 15; Ktr. Amsterdam 11 mei 2004, *JAR* 2004, 152.

HOOFDSTUK 6

6.3.3 *Toekenning van een vergoeding wegens psychische arbeidsongeschiktheid in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure*

Niet alleen met betrekking tot de berekening van de ontslagvergoeding maar ook wat betreft het toetsingskader zoeken veel kantonrechters aansluiting bij het stramen met betrekking tot arbeidsongeschiktheid dat is te vinden in de toelichting op kantonrechtersaanbeveling 3.4 uit 1998. Ook in kennelijk onredelijk ontslagprocedures wordt in de regel alleen een vergoeding toegekend als de arbeidsongeschiktheid van de werknemer ofwel aan de werkgever te wijten is ofwel in diens risicosfeer ligt. Het maakt hierbij geen verschil of de ontstane arbeidsongeschiktheid lichamelijk of psychisch van aard is. Ook een psychische ziekte kan het gevolg zijn van verwijtbaar handelen van de werkgever, bijvoorbeeld doordat deze heeft verzuimd om een arbeidsconflict, waardoor een werknemer ziek is geworden, op te lossen.⁶⁶ Ook kan geoordeeld worden dat een psychische ziekte van een werknemer in de risicosfeer van de werkgever ligt hoewel hem geen verwijt van het ontstaan ervan treft, bijvoorbeeld in het geval dat een werknemer psychisch ziek is geworden door een reorganisatie⁶⁷ of door een voor de werkgever niet kenbare vorm van overbelasting.⁶⁸

De casuspositie die bij kennelijk onredelijk ontslag het vaakste voorkomt – althans in elk geval in de gepubliceerde rechtspraak – is die waarin een werknemer, die na twee jaar ziekte is ontslagen, stelt dat het ontslag kennelijk onredelijk is omdat daarbij voor hem geen financiële voorziening is getroffen. De rechter gaat in deze situatie in de regel na of er een causale relatie bestaat tussen ziekte en werk en/of de ziekte het gevolg is van verwijtbaar handelen van de werkgever. Daarnaast toetst hij of de werkgever zijn reïntegratieverplichtingen is nagekomen. Is dit laatste het geval en is niet aannemelijk geworden dat de ziekte het gevolg is van het werk of van de handelwijze van de werkgever, dan wordt aan de werknemer doorgaans geen vergoeding toegekend.⁶⁹ In een enkele uitspraak wordt hierop een uitzondering gemaakt en wordt aan een werknemer een vergoeding toegekend omdat hij arbeidsongeschikt is geworden nadat hij langdurig bepaalde arbeid heeft verricht, zonder dat vaststaat of de werknemer ook door dit werk ziek is geworden.⁷⁰ Deze benadering, die stoelt op het in § 6.2.3 van dit hoofdstuk besproken Bouldidam-arrest, wordt door de meeste rechters echter niet gevolgd.

66 Zie Hof Arnhem 18 maart 2003, *JAR* 2003, 127.

67 Rb. 's-Gravenhage 18 december 2002, *JAR* 2003, 192.

68 Vgl. Ktr. Amsterdam 11 mei 2004, *JAR* 2004, 152 en Ktr. Hoorn 25 oktober 2004, *JAR* 2005, 57.

69 Zie voor een overzicht van de uitspraken uit 2003 waaruit deze conclusies – die overigens ook voor de voorgaande jaren gelden – kunnen worden getrokken: Scholtens, *ArbeidsRecht* 2004, p. 12-13.

70 Ktr. Alkmaar 4 december 2002, *JAR* 2003, 1. Zie ook Ktr. Utrecht 3 maart 2004, *JAR* 2004, 80.

Meestal wordt geëist dat een causaal verband tussen ziekte en werk aannemelijk is gemaakt alvorens wordt overgegaan tot toekenning van een vergoeding.⁷¹

6.3.4 *Samenloop kennelijk onredelijk ontslagprocedure en aansprakelijkheidsprocedure*

In de kennelijk onredelijk ontslagprocedure doet zich in veel mindere mate dan in de ontbindingsprocedure de vraag voor of wel getoetst kan worden of een werkgever verwijtbaar heeft gehandeld met betrekking tot het ontstaan van ziekte van de werknemer en of er daadwerkelijk causaal verband bestaat tussen werk en ziekte. Reden hiervoor is dat in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure nadere bewijslevering, waaronder getuigenverhoor en deskundigenonderzoek, mogelijk is, en dat van een vonnis in deze procedure hoger beroep openstaat. De rechter heeft daarom de mogelijkheid om kwesties rondom tekortschieten en causaliteit zorgvuldig te beoordelen. In vonnissen in kennelijk onredelijk ontslagprocedures worden dan ook weinig woorden vuil gemaakt aan een eventuele samenloop met een procedure ex artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW.

Er bestaat natuurlijk wel samenloop in die zin dat, als zowel in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure als in een aansprakelijkheidsprocedure een vergoeding zou worden toegekend omdat een werknemer ziek is geworden door het werk en/of door toedoen van de werkgever, er twee keer een vergoeding zou worden toegekend op grond van hetzelfde feitencomplex. In dat geval dient naar mijn mening de ontslagvergoeding, althans in elk geval dat gedeelte ervan dat is toegekend ter compensatie van inkomensschade van de werknemer, verrekend te worden met de schadevergoeding.⁷²

71 Zie § 6.2.3 en de daar genoemde jurisprudentie, i.h.b. Ktr. Middelburg 14 mei 2001, *JAR* 2001, 12; Ktr. 's-Gravenhage 23 mei 2001, *JAR* 2001, 133; Ktr. Maastricht 6 juni 2001, *JAR* 2001, 120; Ktr. Bergen op Zoom 6 februari 2002, *JAR* 2002, 52; Ktr. Zaanstad 31 oktober 2002, *JAR* 2002, 283; Ktr. Heerlen 29 januari 2003, *JAR* 2003, 59; Ktr. Zaanstad 30 januari 2003, *JAR* 2003, 64. Het causaal verband tussen werk en ziekte behoeft overigens niet aan bepaalde eisen te voldoen. Zo oordeelde de Hoge Raad op 3 december 2004, *JAR* 2005, 30 (Van Ree/Damco) dat het oordeel van de rechtbank dat de werknemer alleen dan aanspraak zou kunnen maken op een hogere schadevergoeding dan f 15.000,- indien hij zou aantonen dat hij arbeidsongeschikt was geworden door 'bovenmatig zware arbeidsomstandigheden of arbeidsomstandigheden die niet aan redelijke eisen voldeden', onjuist was, omdat bij de toetsing of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag alle omstandigheden van het geval moeten worden betrokken.

72 Zie § 3.12.1.

HOOFDSTUK 6

6.4 Toekenning van een vergoeding wegens psychische ziekte in het ambtenarenontslagrecht*6.4.1 Algemene aspecten*

Het ambtenarenrecht kent geen preventieve ontslagtoets en ook geen procedure zoals artikel 7:685 BW. Toetsing van de rechtmatigheid van een ontslag van een ambtenaar door de rechter vindt altijd achteraf plaats. Uitgangspunt hierbij is dat, als een ontslagbesluit onrechtmatig is, dit wordt vernietigd, waarna de ambtenaar in de positie moet worden gebracht alsof er nooit een ontslagbesluit is geweest. In een dergelijk geval krijgt de ambtenaar dus geen schadevergoeding. Een rechter kan echter ook, indien hij daartoe aanleiding ziet, een onrechtmatig ontslagbesluit vernietigen, maar de gevolgen ervan in stand laten op grond van artikel 8:72 lid 3 Awb. In dat geval wordt de dienstbetrekking niet hersteld. Gaat de rechter hiertoe over, dan kan hij op grond van artikel 8:73 Awb aan de ambtenaar schadevergoeding toekennen. Hij kan dit direct doen in dezelfde procedure of het eerst aan partijen over laten of zij zelf tot een regeling komen. Wijst een overheidswerkgever in het tweede geval het verzoek van een ambtenaar om schadevergoeding af, dan kan deze tegen een dergelijk besluit – een zelfstandig schadebesluit – bezwaar maken en beroep instellen. Bij de beoordeling van een dergelijk beroep zoekt de bestuursrechter aansluiting bij het civiele aansprakelijkheidsrecht. Dat betekent dat de rechter, ervan uitgaande dat de onrechtmatigheid van het ontslagbesluit is gegeven met de vernietiging ervan, nagaat of er causaal verband bestaat tussen het vernietigde ontslagbesluit en de schade van de ambtenaar, alsmede of aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid, zoals toerekening van het onrechtmatige besluit aan de overheidswerkgever en relativiteit tussen onrechtmatig handelen en schade, is voldaan.⁷³ Indien dit het geval is, dient in beginsel de volledige schade als gevolg van het ontslag die de ambtenaar heeft geleden en nog zal lijden, vergoed te worden.

De bestuursrechter kan voorts, in het geval dat een ambtenaar in de ontslagprocedure verzoekt om aan hem schadevergoeding toe te kennen terzake van het ontslag,⁷⁴ oordelen dat het ontslagbesluit als zodanig wel rechtmatig is, maar dat het in de gegeven omstandigheden toch niet de toets der kritiek kan doorstaan

73 Zie hierover bijv. B.J. Schueler, "Schadevergoeding voor ambtenaren onder de Awb", *TAR* 1998, p. 331-339. Zie ook CRvB 16 augustus 2001, *TAR* 2002, 155 – geen schadevergoeding vanwege ontbreken causaal verband tussen ontslag en schade, en CRvB 27 november 1997, *TAR* 1998, 24 – geen vergoeding voor immateriële schade omdat geen aantasting in de persoon wordt aangenomen.

74 In dat geval wordt gesproken van een accessoir of onzelfstandig verzoek om schadevergoeding, dit in tegenstelling tot een verzoek om een zelfstandig schadebesluit, dat wordt gedaan nadat een ontslagbesluit in een eerdere procedure is vernietigd.

VERGOEDING WEGENS PSYCHISCHE ZIEKTE IN HET ONTSLAGRECHT

omdat een te lage uitkering is toegekend.⁷⁵ Dergelijke oordelen zijn vooral te vinden in zaken over een ontslag op grond van artikel 99 ARAR, dat wil zeggen een ontslag op 'een andere grond' dan de in het ARAR (artikel 98) genoemde gronden voor ontslag van een ambtenaar in vaste dienst. Een ambtenaar die op een andere grond wordt ontslagen, heeft geen recht op een werkloosheidsuitkering noch op een aanvulling daarop op grond van het Besluit bovenwettelijke uitkeringen voor de sector Rijk⁷⁶, maar wel op een uitkering die ten minste gelijk is aan de totale omvang van de reguliere werkloosheidsuitkeringen. Een ontslag op een andere grond vindt met name plaats in geval van onverenigbaarheid van karakters of een verstoorde arbeidsverhouding. De rechter gaat bij de beoordeling van een dergelijk ontslag na of de overheidswerkgever een passende, op het individuele geval afgestemde, financiële regeling heeft getroffen. Daarbij is vooral van belang in hoeverre het ontslag aan ofwel de ambtenaar ofwel de werkgever te wijten is.⁷⁷ Voorts is relevant of er sprake is van medeschuld van collega-ambtenaren aan het ontstaan van de verstoorde verhoudingen, of de ambtenaar goed heeft gefunctioneerd in het verleden, of de werkgever zich heeft ingespannen voor het vinden van een andere passende functie voor de ambtenaar, de duur van het dienstverband, de leeftijd van de ambtenaar, de aard van zijn beroep en de mogelijkheid om elders werk te vinden.⁷⁸ Wordt geoordeeld dat het ontslag met name aan de werkgever is te wijten, dan wordt veelal een zogenaamde wachtgeld plus-regeling toegepast, dat wil zeggen dat een extra voorziening wordt getroffen die uitgaat boven de uitkeringen op grond van de WW en het Besluit bovenwettelijke uitkeringen.⁷⁹ Door enkele rechtbanken is voor de berekening van deze voorziening aansluiting gezocht bij de kantonrechtersformule met dien verstande dat een neerwaartse correctie is toegepast in verband met extra voorzieningen die een ambtenaar wel, maar een werknemer in de marktsector

75 CRvB 11 februari 1988, *TAR* 1988, 76; CRvB 30 juni 1988, *TAR* 1988, 171; CRvB 5 april 1990, *TAR* 1990, 130; CRvB 15 augustus 1996, *TAR* 1996, 171; CRvB 10 mei 1996, *TAR* 1996, 137; Rb. Zwolle 24 april 1997, *TAR* 1997, 148; CRvB 29 november 2001, *TAR* 2002, 40.

76 Art. 4, zoals laatstelijk gewijzigd bij besluit van 19 juni 1996, *Stb.* 1996, 352, van het Besluit bovenwettelijke uitkeringen voor de sector Rijk geeft gedurende 12 maanden na het ontslag recht op 80% van het laatstgenoten salaris, gedurende de volgende zes maanden recht op 75% en daarna op 70%.

77 Zie CRvB 11 februari 1993, *TAR* 1993, 71 en *AB* 1993, 326 m.nt. Hennekens. Een lage uitkering vanwege verwijtbaarheid aan de zijde van de ambtenaar werd bijvoorbeeld toegekend in CRvB 4 juli 1985, *TAR* 1985, 200; CRvB 8 november 1990, *TAR* 1991, 6; CRvB 30 september 1993, *TAR* 1993, 229 en CRvB 10 juni 1999, *TAR* 1999, 122.

78 Zie ook A.H. van Zutphen, "Schadevergoedingen in het ambtenarenontslagrecht", *TAR* 1996, p. 439-440.

79 Zie bijv. CRvB 28 juni 1984, *TAR* 1984, 197; CRvB 21 november 1991, *TAR* 1992, 10; CRvB 29 november 2001, *TAR* 2002, 40.

HOOFDSTUK 6

niet ontvangt.⁸⁰ De CRvB heeft zich nog niet uitgesproken over de toelaatbaarheid hiervan.

In de literatuur wordt door verschillende schrijvers, zowel vanuit bestuursrechtelijke als vanuit civielrechtelijke hoek, gepleit voor aansluiting van de bestuursrechter bij het civiele ontslagrecht, zowel in zaken waarin in de ontslagprocedure zelf wordt beoordeeld of een vergoeding moet worden toegekend als in zaken waarin een ontslagbesluit wordt vernietigd en vervolgens op grond van artikel 8:73 Awb wordt nagegaan of er recht bestaat op schadevergoeding.⁸¹ In dat verband wordt opgemerkt dat de positie van de ambtenaar en de civiele werknemer niet dusdanig verschillend zijn dat voor hen verschillende rechtsregimes dienen te gelden. Daarnaast wordt gewezen op de specifieke aard van het ontslagbesluit, zijnde een besluit in het kader van een arbeidsverhouding,⁸² op het feit dat het civiele recht meer aanknopingspunten biedt voor het bepalen van de hoogte van een ontslagvergoeding dan het ambtenarenontslagrecht,⁸³ en op het feit dat de ambtenaren onder dezelfde sociale zekerheidsregelingen vallen als werknemers, zij het dat voor de ambtenaren extra bovenwettelijke voorzieningen zijn getroffen.⁸⁴

Deze argumenten zijn mijns inziens valide met dien verstande dat, als de kantonrechttersformule analoog zou worden toegepast, er natuurlijk wel rekening gehouden moet worden met de bovenwettelijke uitkeringen die ambtenaren veelal bij ontslag ontvangen op grond van hun rechtspositieregeling, teneinde te voorkomen dat aan ambtenaren bij ontslag een substantieel hogere vergoeding wordt toegekend dan aan werknemers in de civiele sector. In de literatuur wordt dit overigens ook algemeen als uitgangspunt genomen.⁸⁵

80 Rb. Zwolle 11 november 2003, *TAR* 2003, 202 (C=0,25) omdat de ambtenaar ook wachtgeld ontvangt; Rb. Amsterdam 30 augustus 2002, *TAR* 2002, 135 (C=1) en vermindering van de vergoeding met vier maandsalarissen vanwege de omstandigheden van het geval, waaronder het recht op wachtgeld.

81 Vgl. L.C.J. Sprengers, *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid* (diss. UvA) Deventer 1998, p. 728 e.v.; M.J.S. Korteweg-Wiers, M. van Dijk, P.M.B. Schrijvers, J.P.A.F. Vriens, *Hoofdlijnen van het ambtenarenrecht*, Alphen aan den Rijn 1998, p. 316; R.M. van Male, noot bij CRvB 30 maart 1995, *AB* 1995, 334; B.J. Schueler, "Schadevergoeding voor ambtenaren onder de Awb", *TAR* 1998, p. 339; Van Zutphen, *TAR* 1996, p. 443-445.

82 Van Zutphen, *TAR* 1996, p. 445.

83 Schueler, *TAR* 1998, p. 339.

84 Sprengers, diss. 1998, Deventer, p. 728.

85 Zie de literatuur genoemd in noot 80.

6.4.2 *Toekenning van een vergoeding wegens psychische ziekte in het ambtenaren-ontslagrecht*

De in de vorige paragraaf beschreven mogelijkheden om in het kader van een ontslagprocedure (schade)vergoeding te vragen, staan uiteraard ook open voor een op psychische gronden arbeidsongeschikte ambtenaar die is ontslagen als gevolg van een arbeidsconflict (waarvan de ziekte weer het gevolg is) of omdat hij zijn werkzaamheden niet meer kon verrichten door zijn ziekte. Deze ambtenaar kan, als hij van mening is dat voor hem in verband met zijn ziekte een bovengemiddelde ontslagregeling moet worden getroffen, daar een verzoek toe doen in het kader van de ontslagprocedure. Hij kan dan bijvoorbeeld wijzen op de gevolgen van het ontslag die voor hem, gelet op zijn ziekte, wellicht ernstiger zijn dan voor een niet zieke ambtenaar. Daarnaast kan hij aanvoeren dat zijn ziekte het gevolg is van verwijtbaarheid aan de zijde van zijn werkgever en/of van gedragingen van collega's op het werk welke in het kader van het ontslag aan de werkgever moeten worden toegerekend. De ambtenaar kan ook verzoeken om vernietiging van het ontslagbesluit en vervolgens, als de rechter daartoe overgaat, zijn werkgever vragen om zijn schade te vergoeden. Deze dient dan een zelfstandig schadebesluit te nemen, waartegen vervolgens weer bezwaar kan worden gemaakt en beroep openstaat. Uitgangspunt in dat geval is dat wordt getoetst aan het civiele aansprakelijkheidsrecht. Dat kan onder meer gevolgen hebben voor de vraag wanneer aanspraak gemaakt kan worden op een vergoeding voor immateriële schade. In het civiele ontslagrecht wordt een vergoeding voor immateriële schade doorgaans verdisconteerd in de vergoeding naar billijkheid en worden daaraan geen afzonderlijke eisen gesteld. Voor het toekennen van smartengeld in het kader van een artikel 8:73 Awb-procedure is echter alleen ruimte, op grond van de rechtspraak van de CRvB, als sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.⁸⁶ Minder ernstige psychische klachten, zoals doorgemaakte spanningen en slapeloze nachten als gevolg van een ontslag geven naar het oordeel van de CRvB geen recht op smartengeld.⁸⁷

Een belangrijk verschil tussen een ambtenaar en een civiele werknemer is dat de laatste zelf ontbinding kan vragen met toekenning van vergoeding, bijvoorbeeld omdat hij psychisch arbeidsongeschikt is geworden door het werk. Een ambtenaar kan zijn aanstelling niet eenzijdig beëindigen, maar dient zijn werkgever te vragen om hem ontslag op eigen verzoek te verlenen. Beroep tegen een ontslag op eigen verzoek en het in dat verband verzoeken om schadevergoeding is moeilijk denkbaar. Een ambtenaar die psychisch ziek is geworden door het werk, maar die vooralsnog niet door zijn werkgever wordt ontslagen, kan het ontslagrecht daarom niet gebruiken om een vergoeding te krijgen vanwege psychische ziekte.

86 Zie onder meer CRvB 25 juli 1996, TAR 1996, 160 en CRvB 16 augustus 2001, TAR 2002, 155.

87 Vgl. CRvB 27 november 1997, TAR 1998, 24.

HOOFDSTUK 6

Hij zal daarom ofwel om rechtspositionele voorzieningen moeten vragen op de grond dat sprake is van een beroepsziekte ofwel om schadevergoeding vanwege tekortschieten door zijn werkgever in diens zorgplicht.

6.5 Samenvatting

Een werknemer die psychisch ziek is geworden door het werk of door toedoen van zijn werkgever kan in een ontslagprocedure daarvoor een vergoeding vragen. In het civiele arbeidsrecht zijn de ontbindingsprocedure en de procedure inzake kennelijk onredelijk ontslag in dit opzicht de belangrijkste procedures. In het ambtenarenrecht kan een ambtenaar in het kader van een ontslagprocedure om toekenning van een vergoeding vragen of hij kan een dergelijk verzoek doen nadat een ontslagbesluit door de rechter is vernietigd.

In de ontbindingsprocedure kan een werknemer in beginsel aanspraak maken op een vergoeding als hij psychisch ziek is geworden door een arbeidsconflict dat aan zijn werkgever is te wijten of in diens risicosfeer ligt of als hij ziek is geworden door slechte werkomstandigheden, niet zijnde een arbeidsconflict. Wordt in de ontbindingsprocedure een vergoeding toegekend omdat de werknemer psychisch ziek is geworden door verwijtbaar handelen van de werkgever, dan is in zekere zin sprake van foutaansprakelijkheid. Wordt een ontbindingsvergoeding toegekend omdat een werknemer ziek is geworden door het werk, los van de vraag of de werkgever daarvan een verwijt treft, dan geschiedt toekenning van de vergoeding feitelijk op no-fault basis. Voor de kennelijk onredelijk ontslagprocedure geldt in grote lijnen hetzelfde. Ook daarin kan een vergoeding worden toegekend aan een psychisch zieke werknemer omdat de ziekte is te herleiden tot verwijtbaar handelen/tekortschieten door de werkgever, of omdat de ziekte het gevolg is van het werk, ongeacht of sprake is van een tekortkoming van de werkgever.

De bestuursrechtelijke procedure waarin wordt beslist op een accessoir verzoek om schadevergoeding van een ambtenaar – dat wil zeggen een verzoek om toekenning van een vergoeding in geval het ontslagbesluit of de gevolgen daarvan in stand blijven – vertoont sterke gelijkenissen met de procedure inzake kennelijk onredelijk ontslag. In beide procedures is sprake van een toetsing achteraf en zijn alle omstandigheden van het geval, waaronder ook eventueel verwijtbaar handelen van de overheidswerkgever en eventuele ziekte van de ambtenaar, bepalend voor het al dan niet toekennen van een (aanvullende) vergoeding. Wordt niet in de bestuursrechtelijke ontslagprocedure zelf beoordeeld of een (aanvullende) vergoeding passend is, maar dient de ambtenaar hiertoe een afzonderlijk verzoek in nadat het ontslagbesluit vernietigd is – in welk geval sprake is van een zelfstandig verzoek of van een verzoek om een zelfstandig schadebesluit – dan wordt het besluit op dit verzoek getoetst aan de criteria van het algemene aansprakelijkheidsrecht. In dat geval zijn niet de criteria verwijtbaarheid en risicosfeer of vergelijkbare criteria van toepassing, maar wordt aansluiting gezocht bij de criteria normschending, schade, causaal verband daartussen, toerekening etc. Hetgeen in hoofdstuk 4 is geschreven over foutaansprakelijkheid van de overheidswerkgever is dan van toepassing.

7. Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever naar Engels recht – foutaansprakelijkheid, kwalitatieve aansprakelijkheid en ontslagrecht

7.1 Inleiding en plan van behandeling

Het Engelse recht kent, evenals het Nederlandse, verschillende grondslagen voor de vergoeding van werkgerelateerd psychisch letsel. De belangrijkste daarvan zijn foutaansprakelijkheid van de werkgever voor letsel als gevolg van het werk, kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever, en het ontslagrecht. Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever op no-fault basis komt in het Engelse recht bij mijn weten niet voor.¹ De verschillende grondslagen zullen in dit hoofdstuk nader worden toegelicht. De bedoeling daarvan is om inzicht te verschaffen in de manier waarop naar Engels recht in het algemeen wordt omgegaan met vorderingen tot vergoeding van psychisch letsel. In deel II van dit boek zal vervolgens aan de orde komen in welke omstandigheden concreet een verplichting tot vergoeding van psychisch letsel wordt aangenomen en welke voorwaarden daarbij worden gehanteerd.²

Met betrekking tot foutaansprakelijkheid moet onderscheid gemaakt worden tussen buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid van de werkgever en tussen aansprakelijkheid die berust op schending van een geschreven norm en op schending van een ongeschreven norm. Een werkgever heeft naar Engels recht een ongeschreven *duty of care* voor veilige en gezonde arbeidsomstandigheden.³ Deze *duty of care*, die in inhoudelijk opzicht vergelijkbaar is met de zorgplicht van artikel 7:658 BW, komt in het Engelse recht voor in een contractuele en in een buitencontractuele variant. De buitencontractuele variant, die in de praktijk het

1 Er bestaan wel twee sociale zekerheidsregelingen die kunnen worden beschouwd als no-fault vergoedingssystemen, namelijk het *Industrial Injuries Scheme* en de regeling inzake de *Industrial Injury Disablement Benefit*. Beide regelingen geven recht op een beperkte uitkering in geval van arbeidsongeschiktheid door een arbeidsongeval of beroepsziekte. De uitkeringen worden echter niet betaald door de werkgever, maar uit een fonds dat is gevuld door premies van werkgevers en werknemers. Om die reden zal op deze regelingen verder niet worden ingegaan. Meer informatie erover kan gevonden worden in het proefschrift van B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie* (diss. Leiden), Deventer 2003, p. 128-131, p. 145 en p. 162-163. Zie ook § 1.2.

2 Zie ook § 1.5.4 en § 1.5.5.

3 Het ongeschreven civiele recht wordt in het Engelse recht aangeduid als *common law*, dit in tegenstelling tot regels die op wettelijke voorschriften berusten. In dat geval wordt gesproken van *statutory law*.

HOOFDSTUK 7

meest wordt gebruikt, wordt aangeduid als de *duty of care with regard to the health and safety of employees* (of kortweg als *duty of care*), terwijl de contractuele variant wordt omschreven als de *duty of implied trust and confidence*. Bij deze tweede *duty* gaat het om een meer algemene verplichting van de werkgever om zich zorgvuldig te gedragen jegens zijn werknemers,⁴ vergelijkbaar met de verplichting inzake het goed werkgeverschap naar Nederlands recht. In een meer specifieke vorm houdt de *duty of implied trust and confidence* echter ook in dat de werkgever de werknemer tegen letsel schade als gevolg van het werk moet beschermen. Foutaansprakelijkheid naar Engels recht kan hiernaast in bepaalde gevallen ook gebaseerd worden op (schending van) de verplichting van de werkgever om geschreven normen op het gebied van de arbeidsomstandigheden na te leven. De vereisten voor het aannemen van deze vorm van aansprakelijkheid – *statutory liability* – zijn enigszins verschillend van de vereisten voor het aannemen van aansprakelijkheid wegens schending van de ongeschreven *duty of care* voor de arbeidsomstandigheden. In dit opzicht bestaat er een verschil met het Nederlandse civiele recht, waarin in beginsel hetzelfde regime geldt indien een geschreven verplichting is geschonden als wanneer het gaat om een ongeschreven verplichting.⁵

Een werkgever kan ook aansprakelijk worden gehouden voor psychisch letsel van een werknemer uit hoofde van *vicarious liability* oftewel kwalitatieve aansprakelijkheid. Het gaat hierbij, evenals in het Nederlandse recht,⁶ niet om foutaansprakelijkheid van de werkgever, maar om risicoaansprakelijkheid van de werkgever voor fouten van werknemers. Evenals is gedaan in de hoofdstukken 3 en 4 over foutaansprakelijkheid naar Nederlands recht, zal de kwalitatieve aansprakelijkheid echter ook in dit hoofdstuk behandeld worden in het gedeelte over foutaansprakelijkheid, nu *vicarious liability* daarmee het meeste verwantschap vertoont en het bovendien wel een vorm van foutaansprakelijkheid is, zij het voor de fout van een werknemer in plaats van voor een fout van de werkgever zelf.

Het Engelse ontslagrecht kent twee procedures waarin aan een werknemer een vergoeding kan worden toegekend. De eerste daarvan – *wrongful dismissal* – is voor de vergoeding van psychisch letsel niet relevant, omdat in deze procedure alleen schadevergoeding kan worden toegekend wegens het niet in acht nemen van de opzegtermijn. In de andere procedure – inzake *unfair dismissal* – kan het feit dat een werknemer psychisch ziek is geworden door het werk grond zijn voor het oordeel dat een ontslag *unfair* is. De ziekte moet dan wel het gevolg zijn van niet-nakoming door de werkgever van zijn verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst. Het enkele bestaan van een causale relatie tussen ziekte en werk maakt een ontslag zonder vergoeding niet onredelijk. Alleen de materiële

4 Andersom geldt deze verplichting ook voor werknemers, aangezien sprake is van een *mutual duty*.

5 Zie § 3.3.1 e.v.

6 Zie § 3.10.

gevolgen van een ontslag komen voor vergoeding in aanmerking. Immateriële schade (*injury to feelings*) wordt niet vergoed.⁷

In dit hoofdstuk zal eerst worden ingegaan op foutaansprakelijkheid van de werkgever voor (psychisch) letsel van een werknemer (§ 7.2 – § 7.4), vervolgens op kwalitatieve aansprakelijkheid (§ 7.5) en daarna op het ontslagrecht (§ 7.6). Bij bespreking van het ontslagrecht zal tevens aandacht worden besteed aan de verhouding tussen aansprakelijkheidsrecht en ontslagrecht, nu deze ook in het Engelse recht problematisch is, zeker waar het gaat om de vergoeding van werkgerelateerd psychisch letsel.

7.2 Vergoeding van psychisch letsel op basis van de ongeschreven zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid en gezondheid van werknemers

7.2.1 Algemene aspecten

De Engelse variant van de zorgplicht voor veilige en gezonde arbeidsomstandigheden – *the employer's duty to take reasonable care with regard to the health and safety of its employees* – vloeit, anders dan in het Nederlandse recht,⁸ niet voort uit een wettelijke bepaling, maar is ontwikkeld in de rechtspraak (de *common law*). De verplichting is voor het eerst geformuleerd door het *House of Lords* in de uitspraak in *Wilsons & Clyde Coal Co v. English* uit 1937.⁹ In die uitspraak overwoog het *House of Lords* dat een werkgever verantwoordelijk is voor de aanstelling van competente collega's, het verstrekken van veilig werkmateriaal, het zorgen voor een veilig systeem waarmee gewerkt wordt en het zorgdragen voor een veilige werkplek. De verplichting beoogt geen absolute bescherming te bieden tegen letsel, maar houdt in dat de werkgever de werknemer moet beschermen voor zover dat in redelijkheid van hem geëist kan worden. Komt de werkgever zijn zorgplicht niet na en lijdt een werknemer daardoor schade, dan is de werkgever gehouden deze schade te vergoeden.

De zorgplicht voor veilige en gezonde arbeidsomstandigheden vindt zijn oorsprong in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, meer specifiek in de *tort of negligence*.¹⁰ Dat betekent dat, wil een werknemer met succes vergoeding

7 Zo is door het House of Lords bepaald in *Dunnachie v Kingston upon Hull City Council* [2004] UKHL 36.

8 Vgl. art. 7:658 BW.

9 [1938] AC 57.

10 Het Engelse recht kent meerdere *torts* die elk eigen vereisten en een eigen toepassingsgebied hebben. De *tort of negligence* is echter uitgegroeid tot een algemene regel voor de persoonlijke aansprakelijkheid, zie B.S. Markesinis and S.F. Deakin, *Tort Law*, 4th edition, Oxford 1999, p. 69-72. De *tort of negligence* ligt ook ten grondslag aan de zorgplicht van de werkgever voor veilige werk-omstandigheden in het arbeidsrecht.

HOOFDSTUK 7

van door hem geleden schade kunnen vorderen wegens schending van de zorgplicht door de werkgever, aan de algemene vereisten voor het aannemen van *negligence* voldaan moet zijn. Dit zijn: het bestaan van een zorgplicht (*duty of care*), een schending van deze verplichting (*breach of duty*), causaal verband tussen schending en schade (*causation*) en uiteraard het bestaan van schade (*damage*).¹¹ Of een werkgever in een concreet geval een *duty of care* heeft, wordt beoordeeld aan de hand van een aantal aspecten, waarvan in het bijzonder de 'voorzienbaarheid' en de 'nabijheid' belangrijk zijn. Daarnaast spelen rechtspolitieke afwegingen een belangrijke rol. Volgens de auteurs Mullany & Handford is:

"the modern duty of care (...) a complex concept in which notions of foreseeability, proximity and policy all play a part."¹²

De rechtspolitieke afwegingen worden overigens niet altijd kenbaar gemaakt in de rechtspraak.

De *duty of care* van de werkgever kan, behalve als voortvloeiend uit *tort*, ook aangemerkt worden als een contractuele zorgplicht. De zorgplicht wordt in dat verband gezien als voortkomend uit de algemene verplichting van de werkgever om zich redelijk ten opzichte van de werknemer te gedragen (welke verplichting overigens ook voor de werknemer geldt), namelijk de *duty of mutual trust and confidence*.¹³ Het gaat ook hierbij om een in de rechtspraak ontwikkelde norm. De *duty of mutual trust and confidence* is ontstaan uit de verplichting van werkgever en werknemer om zo goed mogelijk samen te werken bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst.¹⁴ In de laatste jaren heeft de verplichting zich aan werkgeverszijde ontwikkeld tot een meer algemene verplichting om de relatie met de werknemer niet te beschadigen en, tot op zekere hoogte, om alle benodigde stappen te nemen om de arbeidsrelatie zo goed mogelijk te laten functioneren.¹⁵ De verplichting inzake *mutual trust and confidence* wordt aangemerkt als een *implied*

11 Markesinis and Deakin, 1999, p. 71. Overigens zijn deze elementen vanwege hun onderlinge samenhang veelal niet goed van elkaar te onderscheiden: zie in dit opzicht Markesinis and Deakin, 1999, p. 78-80. Dit geldt met name voor de elementen *duty*, *breach of duty* and *causation*.

12 N.J. Mullany and P.R. Handford, *Tort Liability for Psychiatric Damage*, Londen 1993, p. 61.

13 Zie D. Brodie, "Beyond Exchange: The New Contract of Employment", *Industrial Law Journal* 1998, p. 85; I.T. Smith and G. Thomas, *Industrial Law*, Londen 1996, p. 652.

14 Lord Steyn in *Malik v Bank of Credit and Commerce International SA (in liquidation) (and Mahmud)* [1997] 3 All ER 1 at 15 en B. Hepple, *Employment Law*, Londen 1981, 4th edition, p. 135.

15 S. Deakin and G.S. Morris, *Labour Law*, Londen 1998, p. 333.

term, een beding dat wordt ingelezen in de arbeidsovereenkomst en daarvan deel uitmaakt.¹⁶

De inhoud van de zorgplicht van de werkgever voor veilige en gezonde arbeidsomstandigheden is in het Engelse recht gelijk, ongeacht of deze is gebaseerd op *tort* of op *contract*.¹⁷ De reikwijdte van de contractuele verplichting is wel groter in de zin dat deze ook betrekking kan hebben op een groot aantal andere onderwerpen dan de veiligheid en gezondheid van de werknemer.¹⁸ Voor zover de contractuele verplichting betrekking heeft op het zorgen voor een veilige en gezonde werkomgeving is er evenwel geen inhoudelijk verschil tussen deze verplichting en dezelfde verplichting uit hoofde van *tort*.¹⁹ Ook in processueel opzicht zijn er (vrijwel) geen verschillen.²⁰ Zowel indien de werknemer zich op *tort* beroept als op *breach of contract* is het aan hem om te bewijzen dat zijn werkgever zijn *duty of care* heeft geschonden en dat hij daardoor schade heeft geleden.

16 Smith and Thomas, 1996, p. 93-100. Op de verplichting inzake *mutual trust and confidence* wordt ook regelmatig een beroep gedaan door werknemers die, wegens schending van deze verplichting door de werkgever, ontslag nemen en vervolgens een vergoeding uit hoofde van *unfair dismissal* vorderen. In § 7.6 zal hierop nader worden ingegaan.

17 *White and others v. Chief Constable of South Yorkshire Police and others*, [1999] ICR 216 (House of Lords), p. 225. Zie ook G. Pitt, *Employment Law*, Londen 1997, p. 372 en Deakin and Morris, 1998, p. 321.

18 Bijvoorbeeld een verplichting om een werknemer niet ten onrechte te beschuldigen, een verplichting om klachten zorgvuldig te behandelen, een verplichting om een werknemer niet zonder goede reden te degraderen etc. Zie verder § 16.2.2.

19 De inhoud van de contractuele en de buitencontractuele zorgplicht kunnen wel uit elkaar gaan lopen indien moet worden aangenomen dat de contractuele zorgplicht ingeperkt kan worden door een expliciete bepaling ter zake in de arbeidsovereenkomst. De rechtspraak heeft zich over deze kwestie nog niet duidelijk uitgesproken: zie *Johnstone v Bloomsbury Health Authority* [1992] 1 QB 333 (Court of Appeal). De literatuur is kritisch over het wegcontracteren van de zorgplicht ten aanzien van veiligheid en gezondheid. Vgl. B. Barrett, "Health and Safety and the Contract of Employment", *Industrial Law Journal* 1991, p. 137-139; Deakin and Morris, 1998, p. 322; T. Weir, "Physician – Kill Thyself", *Cambridge Law Journal* 1991, p. 397-399. In de praktijk is de kwestie van weinig belang omdat altijd ook een beroep op *tort* mogelijk is.

20 Enigszins onduidelijk is nog of bij *breach of contract* moet worden aangenomen dat alleen die schade vergoedbaar is die voor partijen voorzienbaar was bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Dit is in principe het uitgangspunt bij *breach of contract*. In de literatuur wordt echter betoogd dat deze regel niet van toepassing is in geval van letselschade: zie Markesinis and Deakin, 1999, p. 201 en M. Napier and K. Wheat, *Recovering Damages for Psychiatric Injury*, 1995, p. 18. Ook deze kwestie speelt in de praktijk nauwelijks omdat doorgaans toch (tevens) een beroep op *tort* mogelijk is.

HOOFDSTUK 7

Het Engelse recht kent in geen van beide gevallen een regeling inzake de omkering van de bewijslast. Verder wordt in beide gevallen eigen schuld van de werknemer aan hem toegerekend op een vergelijkbare wijze als in artikel 6:101 BW. Een alles-of-niets regel, zoals die door de Nederlandse rechter wordt toegepast bij werkgevers-aansprakelijkheid, is in het Engelse recht niet terug te vinden. Om deze redenen zijn in het Engelse recht ook geen discussies te vinden over de afbakening van de reikwijdte van de ene zorgplicht ten opzichte van de andere, zoals die in het Nederlandse recht worden gevoerd met betrekking tot artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW.²¹ Het maakt voor de Engelse werknemer niet of nauwelijks uit of hij de buitencontractuele *employer's duty to take reasonable care with regard to the health and safety of his employees* aan zijn vordering ten grondslag legt of de contractuele *implied duty of mutual trust and confidence* of beiden.²²

7.2.2 Zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel

In de Engelse rechtspraak is inmiddels aanvaard dat de zorgplicht voor veilige en gezonde arbeidsomstandigheden ook strekt ter voorkoming van psychisch letsel door het werk. Opmerkelijk in het Engelse recht is dat in dit verband onderscheid wordt gemaakt tussen de *duty of care* ten aanzien van psychisch letsel als gevolg van het meemaken van een traumatische gebeurtenis op het werk (shockschade) enerzijds en psychisch letsel als gevolg van andere oorzaken anderzijds. In het eerste geval wordt aangesloten bij het algemene aansprakelijkheidsrecht, terwijl in het tweede geval de zorgplicht van de werkgever in zijn hoedanigheid van werkgever centraal staat.

Standaardarrest op het gebied van shockschade is de uitspraak in de zaak *White and others v Chief Constable of South Yorkshire Police and others*.²³ In deze zaak, die in hoofdstuk 11 uitgebreider zal worden besproken,²⁴ oordeelde het *House of Lords*, evenals het al eerder deed in de zaak *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire Police*,²⁵ dat bij de beoordeling van de vorderingen van werknemers tot vergoeding van shockschade onderscheid gemaakt moet worden tussen *primary* en *secondary victims*. *Primary victims* zijn die slachtoffers die zich binnen de gevarenzone voor fysiek letsel hebben bevonden of redelijkerwijs mochten menen dat dit het geval was, terwijl *secondary victims* (of omstanders) buiten de gevarenzone voor lichamelijk letsel waren. De werkgever is voor het letsel van *primary victims* aansprakelijk als hem een tekortkoming in de nakoming van zijn verplichtingen valt te verwijten, ook indien dit letsel psychisch van aard is in plaats van fysiek.

21 Zie § 3.2.

22 Zoals bijvoorbeeld in *Johnson v Unisys Ltd.* [2001] IRLR 279; [2001] ICR 480.

23 [1999] ICR 216 (House of Lords). De uitspraak in *White* is het beroep bij het *House of Lords* tegen de uitspraak van het *Court of Appeal* in *Frost v Chief Constable of South Yorkshire Police* [1997] 3 WLR 1194.

24 Zie § 11.3.3, § 11.4.3, § 11.5 en § 11.6.2.

VERGOEDING VAN PSYCHISCH LETSEL DOOR DE WERKGEVER NAAR ENGELS RECHT

Voor het letsel van *secondary victims* bestaat alleen dan aansprakelijkheid als er (a) een nauwe affectieve band bestond tussen de gewonde/overledene en de *secondary victim*, (b) de *secondary victim* zich zowel in tijd als plaats dichtbij het ongeval of het onmiddellijke gevolg ervan bevond en (c) de *secondary victim* het ongeval heeft gezien of gehoord of het slachtoffer kort erna heeft gezien en niet alleen achteraf over het ongeval heeft gehoord. Deze regels gelden, aldus het *House of Lords*, evenzeer voor werknemers als voor andere slachtoffers.

Het *House of Lords* zoekt in deze uitspraak dus aansluiting bij het algemene aansprakelijkheidsrecht in plaats van bij de *duty of care* zoals deze is ontwikkeld op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid. In andere uitspraken, waarin de werkgever niet een zorgplicht had geschonden jegens een potentieel groot aantal slachtoffers, zoals in de hiervoor bedoelde gevallen van shockschade, maar zijn verplichtingen jegens een bepaalde werknemer niet was nagekomen, is door het *House of Lords* echter getoetst aan de arbeidsrechtelijke zorgplicht. Zo heeft het *House of Lords* in een zaak van een werknemer die psychisch ziek was geworden door langdurige overbelasting, geoordeeld dat de werkgever voor de gevolgen van deze ziekte aansprakelijk was, omdat het voor de werkgever voorzienbaar had moeten zijn dat de werknemer ziek dreigde te worden, maar hij niettemin geen maatregelen had genomen.²⁶ Deze zaak zal nader worden besproken in § 13.4.3.

Het belangrijkste vereiste voor het bestaan van een zorgplicht in deze zaak – en in vergelijkbare zaken in de lagere rechtspraak²⁷ – is het voorzienbaar zijn van het psychisch letsel.²⁸ Een werkgever is, uit hoofde van zijn arbeidsrechtelijke zorgplicht jegens een werknemer, eerst gehouden om maatregelen te nemen ter voorkoming van ziekte als het voor hem voorzienbaar is of behoort te zijn dat die werknemer als gevolg van bepaalde werkomstandigheden psychisch ziek dreigt te worden. De werkgever mag daarbij uitgaan van een normale psychische weerstand van de werknemer, tenzij hij weet dat deze werknemer in psychisch opzicht kwetsbaar is. Is eenmaal sprake van voorzienbaar letsel, dan dient bezien te worden of de werkgever gehouden is om maatregelen te treffen om het letsel te voor-

25 *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire Police* [1991] 4 All ER 907; [1992] 1 A.C. 310.

26 *Barber v Somerset County Council* [2004] 2 All ER 835. Zie verder § 12.4.3. Zie ook *Waters v Commissioner of Police of the Metropolis* [2000] I.C.R. 1064 (House of Lords), waarin het *House of Lords* oordeelde dat een werkgever zowel uit hoofde van *tort* als uit hoofde van *contract* de verplichting heeft om een werknemer te vrijwaren van schade die het gevolg kan zijn van intimidatie of victimisatie door collega's. Zie hierover § 14.4.3 en § 15.3.5.

27 Vgl. *Walker v Northumberland County Council* [1995] 1 All ER 737 (Queen's Bench Division) en *Sutherland v Hatton and three other appeals* [2002] IRLR 263; [2002] 2 All ER 1. Zie verder § 13.4.3.

28 Dit criterium is vergelijkbaar met het criterium 'kenbaarheid van het risico' naar Nederlands recht.

HOOFDSTUK 7

komen. Of hij hiertoe verplicht is, hangt af van de omvang van het risico op letsel, de ernst van het letsel dat kan ontstaan, de kosten en uitvoerbaarheid van te nemen maatregelen en rechtvaardigingen voor het niet wegnemen van het risico.²⁹

Een werkgever kan naar Engels recht niet op grond van schending van de *duty of care* ten aanzien van de arbeidsomstandigheden of de *duty of mutual trust and confidence* aansprakelijk worden gehouden voor psychisch letsel dat het gevolg is van een ontslag of de wijze waarop dit is gegeven. In de zaak *Johnson v Unisys*³⁰ heeft het *House of Lords* in dit opzicht geoordeeld dat een werknemer uit hoofde van de *common law* – het ongeschreven civiele recht – geen schadevergoeding kan krijgen voor de gevolgen van een op onrechtmatige wijze gegeven ontslag. Reden hiervoor is, aldus het *House of Lords*, dat de wetgever voor het vergoeden van schade als gevolg van een ontslag een aparte wettelijke procedure in het leven heeft geroepen, namelijk de procedure inzake *unfair dismissal*. Het mogelijk maken van een beroep op de *common law* zou deze procedure op onaanvaardbare wijze doorkruisen, onder meer omdat het ongeschreven aansprakelijkheidsrecht dan gebruikt zou kunnen worden als een soort van verkapt appèl tegen een voor de werknemer ongunstige uitspraak in een *unfair dismissal* zaak.

Samenvattend kan gezegd worden dat in het Engelse recht wordt aangenomen dat een werkgever, in het algemeen bezien, niet alleen een zorgplicht heeft ter voorkoming van fysiek letsel van werknemers, maar ook ter voorkoming van psychisch letsel. Bij de beoordeling of een werkgever een dergelijke zorgplicht in een concreet geval heeft nageleefd, worden verschillende criteria gehanteerd afhankelijk van de oorzaak van het psychisch letsel waarvoor schadevergoeding wordt gevorderd. Is sprake van shockschade, dan past de Engelse rechter de criteria uit het algemene aansprakelijkheidsrecht toe. Is het psychisch letsel het gevolg van andere gebeurtenissen op het werk, dan wordt de aansprakelijkheid beoordeeld aan de hand van de arbeidsrechtelijke zorgplicht van de werkgever.³¹ Een vergoeding voor psychisch letsel dat het gevolg is van een ontslag of de wijze waarop dit is gegeven, kan niet worden gevorderd onder verwijzing naar de *duty of care in tort* of *in contract*. De werknemer is in dit opzicht aangewezen op de procedure inzake *unfair dismissal*.

29 Deze criteria komen overeen met de zogeheten 'Kelderluikcriteria' die door de Hoge Raad zijn ontwikkeld in zijn arrest van 5 november 1965, *NJ* 1966, 136.

30 *Johnson v Unisys Ltd.* [2001] IRLR 279; [2001] ICR 480 (House of Lords).

31 Op dit onderscheid en met name op het beoordelen van de aansprakelijkheid van de werkgever voor shockschade aan de hand van de criteria uit het algemene aansprakelijkheidsrecht is in de literatuur en ook in de rechtspraak zelf de nodige kritiek geuit. Deze zal, voor zover relevant, nader worden besproken in hoofdstuk 11, waarin wordt ingegaan op de aansprakelijkheid van de werkgever voor shockschade.

7.3 Vergoeding van psychisch letsel op basis van de wettelijke zorgplicht van de werkgever

7.3.1 Algemene aspecten

Niet alleen in de *common law* zijn verplichtingen ten aanzien van het beschermen van de gezondheid en veiligheid van werknemers neergelegd, maar ook in een groeiend aantal veiligheidswetten.³² Sommige daarvan hebben een algemeen karakter, andere richten zich op bepaalde bedrijfstakken. De belangrijkste algemene veiligheidswet is de *Health and Safety at Work Act 1974*. Deze verplicht elke werkgever "*to ensure, so far as is reasonably practicable, the health, safety and welfare at work of all his employees*"³³ en bevat daarnaast meer specifieke regelingen met betrekking tot de veiligheid van de werkplek, training voor werknemers, bescherming tegen gevaarlijke stoffen etc. Verder zijn in 1992 naar aanleiding van de kaderrichtlijn van de EG³⁴ de *Management of Health and Safety at Work Regulations* (MHSW Regulations)³⁵ tot stand gekomen. Deze regelingen schrijven onder andere voor dat een werkgever een risicoanalyse moet uitvoeren en aldus in kaart moet brengen welke gevaren zijn verbonden aan welke werkzaamheden en dat hij vervolgens naar aanleiding daarvan beschermende maatregelen moet treffen. De wet bevat in dit opzicht vergelijkbare bepalingen aan die van de Nederlandse Arbeidsomstandighedenwet, die eveneens op de EG kaderrichtlijn berust.

Op niet nakoming door de werkgever van wettelijke verplichtingen is doorgaans een strafrechtelijke sanctie gesteld. Als zodanig bieden deze verplichtingen een werknemer die letsel heeft opgelopen weinig soelaas. In de rechtspraak is echter aangenomen dat in bepaalde gevallen schending door de werkgever van een wettelijke verplichting tot civielrechtelijke aansprakelijkheid leidt.³⁶ Of dit het geval is, hangt daarvan af of de wetgever bedoeld heeft dat de wettelijke bepaling als grondslag voor civielrechtelijke aansprakelijkheid gebruikt zou worden, van de vraag tot bescherming tegen welk soort letsel de bepaling strekt en van het al dan niet bestaan van een adequate strafrechtelijke sanctie.³⁷ Heden ten dage wordt aangenomen dat schending van geschreven veiligheidsvoorschriften in de regel tot civielrechtelijke aansprakelijkheid leidt. Waar het gaat om voor-

32 Markesinis and Deakin, 1999, p. 531.

33 Health and Safety at Work Act, section 2 (1).

34 Richtlijn 89/391/EG betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk, *PbEG* 1989, L. 183.

35 Zie hierover meer uitgebreid Deakin and Morris, 1998, p. 326-329.

36 Deze rechtspraak is reeds meer dan een eeuw oud, zie *Groves v Lord Wimborne* [1898] 2 QB 402. Zie ook *Butler v Fife Coal Co Ltd* [1912] AC 149 (*House of Lords*). Hierover Smith and Thomas, 1996, p. 657.

37 Zie de uitspraken en literatuur genoemd in de vorige noot.

HOOFDSTUK 7

schriften op het gebied van gezondheid of welzijn is dit minder duidelijk.³⁸ In wet- en regelgeving van de laatste decennia is veelal in de regeling zelf bepaald of hierop een beroep gedaan kan worden voor de civiele rechter. Zo bepaalt artikel 47 (1) van de *Health and Safety Act at Work 1974* dat geen beroep op de civiele rechter mogelijk is ten aanzien van de schending van meer algemene verplichtingen, zoals de uitvoering door de werkgever van een RI&E,³⁹ en artikel 47 (2) dat een dergelijk beroep wel mogelijk is ten aanzien van de meer specifieke verplichtingen, tenzij civielrechtelijke aansprakelijkheid uitdrukkelijk is uitgesloten. In artikel 22 van de *Management of Health and Safety at Work Regulations* wordt civielrechtelijke aansprakelijkheid wegens het niet nakomen van de regelingen uitgesloten.

Civilrechtelijke aansprakelijkheid is in elk geval mogelijk waar het gaat om geestelijk of lichamelijk letsel als gevolg van intimidatie wegens sekse, ras of een andere discriminatiegrond. De verplichtingen van de werkgever ter voorkoming en bestrijding van discriminatie en intimidatie naar respectievelijk sekse en ras/etnische afkomst zijn neergelegd in de *Sex Discrimination Act 1975* (SDA) en de *Race Relations Act 1976* (RRA). Schending van een verplichting uit één van deze wetten kan aansprakelijkheid van de werkgever opleveren. Dit is het geval indien hij zich persoonlijk schuldig heeft gemaakt aan intimidatie naar sekse en/of ras/etnische afkomst, maar ook indien hij een werknemer heeft aangesteld die zich intimiderend gedraagt dan wel indien hij heeft nagelaten een beleid tegen intimidatie te voeren.⁴⁰

De civilrechtelijke aansprakelijkheid voor het niet nakomen van wettelijke voorschriften wordt in het Engelse recht aangeduid als *liability for breach of statutory duty* of, korter gezegd, als *statutory liability*. Het Nederlandse recht kent een vergelijkbare vorm van wettelijke aansprakelijkheid. Ook naar Nederlands recht kan een werknemer zich in het kader van artikel 7:658 BW (of een andere grondslag voor aansprakelijkheid) beroepen op schending door de werkgever van geschreven verplichtingen. Anders dan in het Engelse recht wordt in het Nederlandse recht niet in de wetgeving zelf bepaald of civilrechtelijke aansprakelijkheid al dan niet mogelijk is. Het is aan de rechter om hierover een oordeel te geven.

Het invoeren van een geschreven verplichting heeft voor de werknemer het voordeel dat een dergelijke verplichting veelal preciezer is geformuleerd en concreter is dan de uit het ongeschreven recht voortvloeiende zorgplicht voor veilige en gezonde arbeidsomstandigheden. De werknemer behoeft daardoor niet aan te

38 Vgl. Smith and Thomas, 1996, p. 657.

39 Risicoinventarisatie en -evaluatie.

40 Deakin and Morris, 1998, p. 606-607; *MacDonald v Advocate General for Scotland* and *Pearce v Governing Body of Mayfield School* [2003] UKHL 34; [2003] IRLR 512 (House of Lords); *Burton v De Vere Hotels* [1996] IRLR 596 (Employment Appeal Tribunal).

tonen dat uit de algemene ongeschreven zorgplicht een concrete verplichting voortvloeit die in zijn geval van toepassing is, maar kan aansluiting zoeken bij de reeds vastgelegde wettelijke verplichting. Wel is het aan de werknemer om aan te tonen dat de wettelijke bepaling beoogt een civielrechtelijke aansprakelijkheid in het leven te roepen alsmede dat de bepaling ertoe strekt hem bescherming te bieden tegen de gewraakte handelwijze door zijn werkgever.⁴¹ Voor dit tweede is het noodzakelijk dat hij behoort tot de groep van personen die de wettelijke bepaling beoogt te beschermen en dat de bepaling strekt tot bescherming tegen het letsel dat hij heeft geleden. Of dit het geval is, is vooral een kwestie van uitleg van de wettelijke norm.

7.3.2 *Wettelijke zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel*

Wettelijke verplichtingen kunnen in voorkomende gevallen ook strekken ter bescherming tegen psychisch letsel en aldus dienen als grondslag voor aansprakelijkheid in geval psychisch letsel is ontstaan. Voor dit laatste is, zoals gezegd, vereist dat komt vast te staan dat de werknemer binnen de kring van de door de wettelijke bepaling te beschermen personen valt en dat de bepaling beoogt te beschermen tegen geestelijk letsel. De rechter dient te beoordelen of dit het geval is. Er is tot dusver relatief weinig rechtspraak over *statutory liability* voor geestelijk letsel. Er zijn een paar uitspraken waarin aansprakelijkheid van de werkgever is aangenomen wegens schending van zijn verplichting om discriminatie en/of intimidatie te voorkomen.⁴² Verder zijn er enkele uitspraken in shockschadezaken. De wijze waarop de aansprakelijkheidsvraag in deze zaken is beoordeeld, vertoont belangrijke overeenkomsten met de wijze waarop dit is gebeurd in de eerder besproken zaken waarin de vraag naar de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever voor shockschade van werknemers op grond van de *common law* aan de orde was.⁴³ Ook in de zaken waarin een beroep op *statutory liability* is gedaan, is door de rechter namelijk belang gehecht aan het verkeren door de werknemer in de fysieke nabijheid/gevarenzone van het ongeval dat de shockschade teweeg heeft gebracht.⁴⁴

41 Zie over deze vereisten ook Smith and Thomas, 1996, p. 657-661.

42 Vgl. *Burton v De Vere Hotels* [1996] IRLR 596 (Employment Appeal Tribunal) en *Armitage v Johnson* [1997] IRLR 162 (Employment Appeal Tribunal).

43 Zie § 7.2.2 en *White and others v. Chief Constable of South Yorkshire Police and others* [1999] ICR 216 (House of Lords).

44 Vgl. *Young v Charles Church (Southern) Ltd and Another*, The Times, 1 May 1997 (Court of Appeal) en *McFarlane v Wilkinson and Another* en *Hegarty v. EE Caledonia Ltd.* [1997] Lloyd's Law Reports 259 (Court of Appeal). Zie verder § 11.4.3.

HOOFDSTUK 7

7.4 Causaal verband, toerekening, eigen schuld en schade

7.4.1 Causaal verband en toerekening van schade; algemene aspecten

Voor aansprakelijkheid wegens schending door de werkgever van (geschreven of ongeschreven) voorschriften strekkende tot het voorkomen van geestelijk letsel is ook naar Engels recht vereist dat sprake is van causaal verband tussen de normschending en de schade van de werknemer. Het Engelse aansprakelijkheidsrecht onderscheidt, evenals het Nederlandse, bij de vaststelling van het causaal verband tussen normschending en schade, twee fasen.⁴⁵ In de eerste fase wordt onderzocht of er feitelijk verband bestaat, oftewel of de schade ook zou zijn ingetreden zonder het handelen van de veroorzaker. Men duidt dit aan als de *but for test*. In het Nederlandse recht wordt in dit opzicht gesproken van *conditio sine qua non*-verband. De werknemer moet naar Engels recht bewijzen dat de kans groter is dan 50% dat zijn letsel het gevolg is van het handelen of nalaten van zijn werkgever. Op zijn Engels gezegd: hij moet het causaal verband bewijzen *on the balance of probabilities*. De tweede fase, ook wel aangeduid als het vaststellen van *legal cause*, heeft betrekking op de *remoteness of damage*. Daarbij wordt gekeken of het letsel niet in een te ver verwijderd verband staat tot de normschending. Dit is te vergelijken met de toerekening als bedoeld in artikel 6:98 BW.

In beginsel vindt in het Engelse recht geen omkering van de bewijslast plaats indien de werknemer ofwel het causaal verband tussen werk en letsel heeft bewezen ofwel heeft aangetoond dat zijn werkgever bepaalde voorschriften heeft overtreden en daardoor de kans op schade heeft vergroot. Het is aan de werknemer om zowel te bewijzen dat zijn werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen alsook dat zijn letsel daarvan het gevolg is. Uit de uitspraak in *McGhee v National Coal Board*⁴⁶ is wel afgeleid dat in de tweede situatie, als de normschending is aangetoond, het aan de werkgever is om te bewijzen dat, als hij de relevante voorschriften wel was nagekomen, het letsel van de werknemer ook zou zijn ontstaan. In *Wilsher v Essex Area Health Authority*⁴⁷ heeft het *House of Lords* deze omkering van de bewijslast echter uitdrukkelijk van de hand gewezen. Wel heeft de Engelse rechter enige speelruimte door flexibel om te gaan met het afleiden van causaal verband uit het gepresenteerde bewijs. De vaststelling dat het *more probable is than not* dat een bepaalde normschending letsel heeft veroorzaakt,

45 Markesinis and Deakin, 1999, p. 174.

46 [1973] 1 WLR 1. Vgl. E. Weinrib, "A Step Forward in Factual Causation", (1975) 38 MLR 518.

47 *Wilsher v. Essex Area Health Authority* [1988] AC 1074. Deze uitspraak betrof medische aansprakelijkheid, maar de uitkomst ervan geldt evenzeer voor werkgeversaansprakelijkheid.

is tot op zekere hoogte arbitrair en biedt daardoor de rechter enige ruimte om, in gevallen waarin hij dit wenselijk acht, tot aansprakelijkheid te concluderen.⁴⁸ Met betrekking tot het al dan niet te *remote* zijn van schade geldt de uitspraak in *The Wagon Mound* als standaarduitspraak.⁴⁹ Uit deze uitspraak volgt dat, indien een bepaald *soort* schade voorzienbaar was, de omvang ervan irrelevant is. Was voorzienbaar dat letsel schade geleden zou worden, dan is het niet noodzakelijk dat ook voorzienbaar was hoe groot deze schade zou zijn. Blijkt deze groter te zijn dan verwacht, dan bestaat hiervoor toch aansprakelijkheid. Deze regel wordt ook wel omschreven als de *eggshell skull rule* of de regel dat *the tortfeasor takes the victim as he finds him*. Deze regel wordt ook in het Nederlandse recht gehanteerd. De regel geldt ook voor schade als gevolg van een predispositie. Is eenmaal vastgesteld dat een *duty of care to avoid personal injury* is geschonden en dat daardoor schade is ontstaan, dan is de werkgever ook aansprakelijk voor die schade die groter is dan verwacht als gevolg van een predispositie voor geestelijk of lichamelijke letsel van de werknemer. Wel kan met de predispositie rekening worden gehouden bij het begroten van de omvang van de schade.⁵⁰ Ook in dit opzicht verschilt het Engelse recht niet wezenlijk van het Nederlandse.

7.4.2 Causaal verband en toerekening van schade in geval van psychisch letsel

Hetgeen in § 7.4.1 is opgemerkt geldt evenzeer voor fysiek letsel als voor psychisch letsel. Ook met betrekking tot psychisch letsel geldt als uitgangspunt dat de werknemer moet bewijzen dat de kans groter is dan 50% dat de tekortkoming van de werkgever de oorzaak is van zijn letsel. Waar het gaat om psychisch letsel als gevolg van *occupational stress* is door het *Court of Appeal* aangegeven dat de werknemer moet bewijzen dat hij psychisch ziek is geworden door de specifieke tekortkoming van zijn werkgever: "*It is not enough to show that occupational stress caused the harm.*"⁵¹ Aan de andere kant hoeft de werknemer niet te bewijzen dat de tekortkoming de enige oorzaak van zijn ziekte is geweest. Voldoende is dat hij aantoonst dat de tekortkoming substantieel heeft bijgedragen (*made a material contribution*) aan het ontstaan van de ziekte.⁵² Het *House of Lords* heeft deze overwe-

48 Markesinis and Deakin, 1999, p. 180-181 met verwijzing naar J.G. Fleming. "Probabilistic Causation in Tort Law", (1989) 68 *Can. BR* p. 661 and 662.

49 *The Wagon Mound* (No. 1) [1961] AC 388.

50 Zie bijv. *Sutherland v Hatton and three other appeals* [2002] IRLR 263; [2002] 2 All ER 1, punt 43 (nr. 16).

51 *Sutherland v Hatton and three other appeals* [2002] IRLR 263; [2002] 2 All ER 1, onder punt 35.

52 Zie ook *Sutherland v Hatton and three other appeals* [2002] IRLR 263; [2002] 2 All ER 1, onder punt 35.

HOOFDSTUK 7

gingen van het *Court of Appeal* zonder verder commentaar overgenomen in de uitspraak *Barber v Somerset County Council*.⁵³

Met betrekking tot het leerstuk van de toerekening is van belang dat sinds het arrest *Page v Smith*⁵⁴ een fysiek en psychiatrisch letsel worden beschouwd als eenzelfde soort letsel, namelijk *personal injury*. In dit arrest oordeelde het *House of Lords* dat, als eenmaal is komen vast te staan dat de ene partij de verplichting had om letsel van de ander te voorkomen, het geen verschil maakt of het daadwerkelijk ontstane letsel fysiek van aard is, psychiatrisch of beide. De schadeveroorzakende partij is in dat geval aansprakelijk voor het ontstane letsel, ongeacht de aard ervan. Het is dus niet zo dat een psychiatrische ziekte pas aan de schadeveroorzaker kan worden toegerekend als komt vast te staan dat specifiek deze vorm van letsel voorzienbaar was. Het is voldoende als enige vorm van letsel voorzienbaar was. Reden hiervoor is, aldus het *House of Lords*, dat de grenzen tussen fysiek en psychisch letsel niet scherp zijn te trekken. Een onderscheid tussen beide is daarom al snel willekeurig en loopt bovendien het risico loopt door medische inzichten te worden achterhaald.⁵⁵ Overigens dient hierbij wel bedacht te worden dat, waar het gaat om shockschade, eerst aansprakelijkheid van de werkgever kan worden aangenomen als de werknemer met psychisch letsel zich in de fysieke gevarezone heeft bevonden. Tegen de tijd dat aan het toerekeningsvraagstuk wordt toegekomen, staat in dat soort zaken dus al vast dat fysiek letsel voorzienbaar was omdat, zonder die vaststelling, geen zorgplicht had kunnen worden aangenomen. In dat licht bezien is de betekenis van *Page v Smith* voor shockschade-zaken gering.

Wat hier ook verder van zij, voor een psychiatrische ziekte geldt in elk geval de hoofdregel dat, als deze ziekte – of een andere vorm van letsel – voorzienbaar was, ook die gevolgen ervan aan de werkgever worden toegerekend die ernstiger zijn dan verwacht. Daarbij wordt geen verschillende benadering toegepast al naar gelang het soort norm dat is geschonden. Als eenmaal vaststaat dat hetzij fysiek letsel hetzij een psychiatrische ziekte voorzienbaar was, is er ruimte voor toerekening van de gevolgen daarvan, ook van die gevolgen die ernstiger zijn dan verwacht, ongeacht het soort verplichting dat is geschonden. In het Nederlandse recht is, zoals is weergegeven in § 3.7.1, nog onduidelijk of (psychisch) letsel als gevolg van schending van een zorgvuldigheidsnorm op dezelfde wijze kan wor-

53 [2004] 2 All ER 835. Het *House of Lords* heeft zich in die uitspraak alleen gebogen over de vraag of het *Court of Appeal* terecht had geoordeeld dat niet aan het voorzienbaarheidsvereiste was voldaan. Op de meer algemene uitgangspunten voor de beoordeling van psychisch letsel die het *Court of Appeal* in die zaak had geformuleerd, is het *House of Lords* niet afzonderlijk ingegaan. Uit de uitspraak valt echter wel af te leiden dat het *House of Lords* deze algemene uitgangspunten deelt.

54 [1995] 1 AC 155 (House of Lords).

55 *Page v Smith* [1995] 1 AC 155 (House of Lords), p. 188.

den toegerekend als psychisch letsel als gevolg van schending van een verkeers- of veiligheidsnorm.

Discussie bestaat er in het Engelse recht over de vraag of ook *injury to feelings*, niet zijnde een psychiatrische ziekte, moet worden beschouwd als eenzelfde soort letselschade als een psychiatrische ziekte (en een fysieke ziekte), of dat ervan moet worden uitgegaan dat dit een ander soort schade is, waarbij niet geldt dat ook de gevolgen ervan die ernstiger zijn dan verwacht aan de werkgever moeten worden toegerekend, maar waarbij als uitgangspunt moet worden gehanteerd dat alleen die vormen van *injury to feelings* kunnen worden toegerekend die normaliter verwacht hadden mogen worden. Deze vraag speelt met name in discriminatiezaken, aangezien in het arbeidsrecht voor het overige *injury to feelings* überhaupt niet voor vergoeding in aanmerking komt. Begin 2004 heeft het *Court of Appeal* in dit opzicht geoordeeld dat, gelet op de aard van de norm die in discriminatiezaken aan de orde is en op het feit dat op discriminatie een doeltreffende sanctie dient te staan, in dergelijke zaken ook die schade in de vorm van *injury to feelings* die ernstiger is dan verwacht, voor vergoeding in aanmerking komt en niet alleen die schade die voor de werkgever redelijkerwijs voorzienbaar was.⁵⁶

Met een psychiatrische ziekte die (mede) het gevolg is van een predispositie kan in het Engelse recht, evenals bij fysieke ziekten, rekening worden gehouden bij de schadebegroting. Uitgangspunt daarbij is dat, indien zich door de tekortkoming van de werkgever een reeds bestaande aanleg voor ziekte heeft geopenbaard of het ziekteproces is versneld, de werkgever alleen aansprakelijk is voor de gevolgen van deze (versnelde) openbaring. Daarbij dient tevens de omstandigheid te worden betrokken dat de werknemer, de gebeurtenis op het werk weggedacht, misschien ook wel op enig moment ziek zou zijn geworden. Op die wijze werd in *Page v Smith* bijvoorbeeld de vergoeding voor toekomstige schade op een lager bedrag vastgesteld omdat de rechter het aannemelijk achtte dat *Page*, het verkeersongeval weggedacht, zijn loopbaan als leraar zou hebben onderbroken wegens zijn reeds bestaande kwetsbaarheid voor ME⁵⁷ of door zijn werkgever ontslagen zou zijn wegens afwezigheid door ziekte.

7.4.3 Eigen schuld

Het Engelse recht kent geen beperking van eigen schuld tot opzet of bewuste roekeloosheid zoals het Nederlandse recht. Eigen schuld van de werknemer aan het ontstaan van een ongeval of beroepsziekte kan volledig aan hem worden toegere-

56 *Yassin Essa v Laing Ltd.* [2004] EWCA Civ 2, 21 January 2004 (Court of Appeal).

57 *Myalgic Encephalomyelitis*, ook wel omschreven als *chronic fatigue syndrome* of *post viral fatigue syndrome*, de ziekte die *Page* vroeger had gehad en die na het verkeersongeval in ernstiger vorm terugkeerde.

HOOFDSTUK 7

kend, of dit nu eigen schuld op het werk is of eigen schuld in de zin van omstandigheden in de privé-sfeer van een werknemer die aan het ontstaan van een ongeval of ziekte hebben bijgedragen. Wel is in de rechtspraak erkend dat bepaalde arbeidsomstandigheden tot een verminderde oplettendheid van een werknemer kunnen leiden en dat, indien zich onder zulke omstandigheden een ongeval voordoet, niet te snel moet worden aangenomen dat de werknemer (alle) schuld treft.⁵⁸ Is het ongeval of de beroepsziekte deels het gevolg van de tekortkoming van de werkgever en deels van aan de zijde van de werknemer gelegen oorzaken, dan wordt de schade over partijen verdeeld naar rato van het aandeel dat beiden in het ontstaan van de schade hebben. In het Engelse recht wordt dus niet uitgegaan van een alles-of-niets beginsel – volledige aansprakelijkheid werkgever of het geheel vervallen daarvan – maar van een proportionele benadering. Een discussie over het onderscheid tussen predisposities en aan de werknemer als eigen schuld toe te rekenen oorzaken is in het Engelse recht, voor zover mij bekend, tot op heden niet gevoerd. Kennelijk heeft de Engelse rechter tot dusver geen problemen ondervonden met het vaststellen welke schade als gevolg van een psychische ziekte wel en welke niet aan werkgever en/of werknemer kan worden toegerekend.⁵⁹

7.4.4 *Schade*

In het Engelse recht wordt onderscheid gemaakt tussen verschillende soorten schadevergoeding.⁶⁰ De belangrijkste daarvan zijn *general* en *special damages*.

58 In het bijzonder is dit vastgesteld ten aanzien van het langdurig werken in een lawaaiëring omgeving en ten aanzien van vermoeidheid veroorzaakt door zich herhalend monotoon werk, *Caswell v Powell Duffryn Associated Collieries Ltd.* [1940] AC 152. Zie ook Markesinis and Deakin, 1999, p. 687.

59 In verreweg de meeste gepubliceerde uitspraken tot dusver is het de vraag naar het bestaan van een zorgplicht voor psychisch letsel die centraal staat en geen vragen rondom causaliteit, eigen schuld e.d. Dit behoeft niet te verbazen, nu het bestaan van een *duty of care* in het Engelse recht het belangrijkste criterium is aan de hand waarvan wordt bepaald of een werkgever wel of niet aansprakelijk is. Zie Markesinis and Deakin, 1999, p. 78-80. Wellicht ontstaat er in de toekomst meer aandacht voor aspecten van causaliteit en eigen schuld als meer dan thans is uitgekristalliseerd welke verplichtingen een werkgever heeft ter voorkoming van psychisch letsel.

60 Ook wordt nog onderscheid gemaakt tussen *damages* en *damage*. *Damages* is de schadevergoeding; *damage* wordt door Markesinis and Deakin omschreven als “*the interference with a legally recognised interest*”. Dit onderscheid heeft te maken met de omstandigheid dat Engelse rechters zich lange tijd, tot aan het moment dat het toekennen van schadevergoeding niet langer de exclusieve taak was van jury's, alleen met het element *damage* hebben bezig gehouden voor zover dit een vereiste vormde voor het aannemen van een *tort*. →

VERGOEDING VAN PSYCHISCH LETSEL DOOR DE WERKGEVER NAAR ENGELS RECHT

General damages worden toegekend met het oog op schade die direct voortvloeit uit de normschending. Zij kunnen zowel een vergoeding voor materiële schade (*pecuniary loss*), zoals verlies aan verdien capaciteit, medische kosten e.d., als een vergoeding voor immateriële schade (*non-pecuniary loss*), zoals *pain and suffering*, omvatten. Voor het geldend maken van een recht op *general damages* is het niet noodzakelijk om de omvang daarvan exact weer te geven. Het gaat om schade-posten die niet voor exacte berekening vatbaar zijn, zoals immateriële schade en te derven toekomstige inkomsten. Anders ligt dit bij *special damages*. Daarbij gaat het om specifieke kostenposten, zoals medische kosten, reeds gederfde inkomsten, etc. De eisende partij moet melding maken van deze kosten en hiervoor bewijs leveren.⁶¹ *Pecuniary and non-pecuniary losses* kunnen worden onderverdeeld in vergoedingen voor verschillende vormen van schade, zoals *medical expenses*, *loss of earnings* e.d. in het eerste geval en, onder meer, *pain and suffering*, *loss of amenities*, *damages for bereavement* en *damages for the injury itself* in het tweede geval.

Waar het gaat om de vergoeding van psychisch letsel zullen met name medische kosten, verlies aan verdien capaciteit en bepaalde vormen van immateriële schade van belang zijn. Een vergoeding voor schade als gevolg van psychisch letsel wordt alleen toegekend als sprake is van een *recognised psychiatric illness*, ongeacht of het gaat om *general* of *special damages* of om materiële of immateriële schade. Lichtere vormen van geestelijk letsel komen niet voor vergoeding in aanmerking. Daarvoor geldt de regel, zoals verwoord in de Australische uitspraak in *Mount Isa v. Pusey*,⁶² dat "*sorrow does not sound in damages*." Dit uitgangspunt geldt zowel als schadevergoeding wordt gevorderd op basis van *tort* als uit hoofde van *breach of contract*. Een uitzondering geldt alleen voor geestelijk letsel als gevolg van discriminatie en intimidatie. In dat geval voorziet de wet uitdrukkelijk in de mogelijkheid van toekenning van schadevergoeding voor *injury to feelings not amounting to psychiatric injury*.⁶³ Bij de vaststelling of sprake is van een erkende psychiatrische ziekte acht de Engelse rechter zich overigens niet gebonden aan de

Daarom wordt het gedefinieerd als bestanddeel van een *tort* zonder directe verwijzing naar schadevergoeding. Overigens zijn er een aantal *torts* die recht geven op schadevergoeding zonder dat schade is geleden, zoals de *tort of assault* en de *tort of false imprisonment*. Zie uitgebreider Markesinis and Deakin, 1999, p. 722-724.

61 Het Engelse recht kent hiernaast nog een substantieel aantal andere soorten schadevergoeding, waarop in dit boek niet verder zal worden ingegaan. Het betreft onder meer *nominal damages*, *substantial damages*, *aggravated damages*, *punitive damages* en *contemptuous damages*.

62 *Mount Isa Mines Limited v Pusey*, [1970] 125 C.L.R.

63 Zie J. Hendy and M. Ford, *Munkman on Employer's Liability*, Londen 1995, p. 130. De grondslag is daarbij niet schending van de algemene *duty of care in tort*, maar schending van de specifieke wettelijke norm inzake discriminatie en intimidatie.

HOOFDSTUK 7

internationaal erkende classificatiesystemen als de DMS-IV en de ICD-10. Zo is in het Engelse recht schadevergoeding toegekend voor *pathological grief*,⁶⁴ voor een *chronic fatigue syndrome*,⁶⁵ voor *morbid depression* en voor een *hysterical personality disorder*,⁶⁶ ziekten die niet, althans niet onder deze benamingen, voorkomen in de DSM-IV en de ICD-10.

Voor de vaststelling van de hoogte van *general damages* in geval van psychisch letsel worden in het Engelse recht de richtlijnen gehanteerd die zijn vastgelegd in hoofdstuk 3 (A) van de Engelse *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases* welk hoofdstuk betrekking heeft op *Psychiatric Damage Generally*.⁶⁷ Daarin worden zeven factoren genoemd aan de hand waarvan de ernst van het letsel gewaardeerd dient te worden, te weten:

1. the injured person's ability to cope with life and work;
2. the effect on the injured person's relationships with family, friends and those with whom he or she comes into contact;
3. the extent to which treatment would be succesful;
4. future vulnerability;
5. prognosis;
6. whether medical help has been sought;
7. (a) whether the injury results from sexual and/or physical abuse and/or breach of trust;
- (b) if so, the nature of the relationship between victim and abuser, the nature of the abuse, its duration and the symptoms caused by it.

Aan de hand van de op basis van deze criteria vastgestelde ernst van het psychisch letsel vindt vervolgens indeling plaats in één van vier categorieën waaraan bedragen voor schadevergoeding zijn gekoppeld: *severe psychiatric damage* (£ 30.000,- tot £ 63.000,-), *moderately severe psychiatric damage* (£ 10.500,- tot £ 30.000,-), *moderate psychiatric damage* (£ 3.250,- tot £ 10.500,-) en *minor psychiatric*

64 *Vernon v Bosley* [1997] 1 All ER 577 (Court of Appeal). Zie ook Hendy and Ford, 1995, p. 124 en Markesinis and Deakin, 1999, p. 764 e.v.

65 *Page v Smith* [1995] 1 AC 155 (House of Lords).

66 Vgl. Law Commission, *Liability for psychiatric illness*, report no. 249, Londen, 1998, par. 2.3. Hierover ook A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU Amsterdam), Nijmegen 2002, p. 151.

67 De richtlijn is opgesteld door de *Judicial Studies Board*, Oxford University Press 2004, 7th ed. De richtlijn maakt, waar het gaat om *psychiatric damage*, onderscheid tussen *psychiatric damage generally* en *post-traumatic stress disorder*. De richtbedragen voor PTSS liggen iets lager dan die voor psychisch letsel in het algemeen. De voor PTSS genoemde bedragen blijven hier buiten beschouwing. Zie voor bespreking van de normbedragen voor *psychiatric damage generally*: p. 11-12 van de richtlijn. Zie over deze richtlijn ook R.J.P. Kottenhagen, "Vergoeding van immateriële schade; een rechtsgebied in een stroomversnelling?", *NTBR* 1998, p. 139-140 en p. 142.

damage (£ 800,- tot £ 3.250,-).⁶⁸ Het is vervolgens aan de rechter om binnen deze marges de hoogte van de *general damages* vast te stellen.

Specifieke richtlijnen gelden voor de vaststelling van de hoogte van schadevergoeding, in het bijzonder immateriële schade in de vorm van *injury to feelings*, in geval van seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras. Deze zullen worden besproken in § 14.8.

7.5 Kwalitatieve aansprakelijkheid voor psychisch letsel

Een werkgever kan naar Engels recht, evenals naar Nederlands recht, aansprakelijk zijn voor schade toegebracht door één van zijn werknemers aan een derde. Tot deze derden behoren ook collega's van de schadeveroorzakende werknemer. Deze vorm van aansprakelijkheid wordt in het Engelse recht aangeduid als *vicarious liability*: de kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor onrechtmatig handelen van zijn werknemers. Evenals in het Nederlandse recht is ook in het Engelse recht *vicarious liability* een vorm van risicoaansprakelijkheid. Voor aansprakelijkheid is niet vereist dat de werkgever zelf is tekortgeschoten. Vereist is dat de werknemer, die de schade heeft veroorzaakt, onrechtmatig handelde en dat hij dit deed *in the course of his employment*.

Over de invulling van het criterium '*in the course of his employment*' bestaat veel jurisprudentie.⁶⁹ Deze is veelal casuïstisch van aard, zodat het moeilijk is om hieruit meer algemene conclusies te trekken. In de rechtspraak wordt onder meer aangenomen dat een werkgever niet aansprakelijk is voor onrechtmatig handelen van een ondergeschikte als de werkzaamheden van deze ondergeschikte alleen de aanleiding hebben gevormd voor de onrechtmatige daad, maar niet kan worden gezegd dat deze in de uitoefening van het werk is geschied.⁷⁰ Wanneer van het eerste en wanneer van het tweede sprake is, is echter niet geheel duidelijk. Met betrekking tot misdrijven is wel geoordeeld dat een werkgever hiervoor alleen aansprakelijk is als de werknemer het misdrijf heeft gepleegd met gebruikmaking van zijn normale bevoegdheden, bijvoorbeeld in het geval van fraude.⁷¹

68 Deze bedragen worden regelmatig geactualiseerd. Omgerekend naar Euro's ging het bij de stand van de wisselkoersen van eind maart 2005 om ongeveer de volgende bedragen: bij ernstig letsel € 34.465,- tot € 72.370,-, bij tamelijk ernstig letsel € 12.060,- tot € 34.465,-, bij matig ernstig letsel € 3.735,- tot € 12.060,- en bij niet ernstig letsel € 920,- tot € 3.735,-.

69 Zie voor een bespreking hiervan Markesinis and Deakin, 1999, p. 543-553.

70 *Heasmans v Clarity Cleaning Co. Ltd.* [1987] ICR 949 – geen kwalitatieve aansprakelijkheid schoonmaakwerkgever voor het zonder toestemming voeren door één van zijn werknemers van gesprekken met de telefoon van de opdrachtgever.

71 Markesinis and Deakin, 1999, p. 552.

HOOFDSTUK 7

Ook hier is echter niet precies duidelijk wat moet worden begrepen onder 'het gebruik maken van de normale bevoegdheden'.

Het *House of Lords* heeft getracht om meer helderheid in de materie te brengen met de uitspraak in 2001 in de zaak *Lister and Others v Hesley Hall Ltd*.⁷² Die zaak betrof de mogelijke aansprakelijkheid van een instituut voor jongens met emotionele en gedragsproblemen voor het seksueel misbruik dat een beheerder van een aantal jongens had gemaakt. Het *House of Lords* oordeelde dat er voldoende functioneel verband bestond tussen de handelwijze van de beheerder en zijn werkzaamheden, omdat de gedragingen van de beheerder in nauw verband stonden tot de hem gegeven opdracht. Deze opdracht hield in dat hij aan hem de dagelijkse zorg voor de jongens was opgedragen en van die opdracht had hij misbruik gemaakt. Van een voldoende sterk functioneel verband zou geen sprake zijn geweest, aldus het *House of Lords*, als een andere werknemer, die niet als taak had om voor de jongens te zorgen, zoals bijvoorbeeld de tuinman, het seksueel misbruik gepleegd zou hebben. Het *House of Lords* concludeerde verder dat het niet zo kan zijn dat er minder grond is voor kwalitatieve aansprakelijkheid als de door de werknemer gepleegde onrechtmatige daad ernstiger is.

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat het in de eerste plaats van belang is om het begrip 'werkzaamheden' of 'opdracht' niet te beperkt uit te leggen. In die zin kan ook een strafrechtelijk delict gezien worden als voortvloeiend uit de uitoefening van de functie. Ten tweede zijn plaats en tijd van het delict wel van belang voor de vraag of voldoende functioneel verband aanwezig is, maar niet altijd doorslaggevend. Tenslotte is het enkele feit dat een bepaalde taak de gelegenheid heeft geboden voor de onrechtmatige daad onvoldoende voor het aannemen van functioneel verband. Een nauwere band tussen onrechtmatige daad en werk is noodzakelijk.⁷³ Wanneer die nauwere band er nu precies wel of niet is, blijft echter ook na de uitspraak in *Lister* tot op zekere hoogte onduidelijk.⁷⁴

De hier geschetste problematiek is overigens niet uniek voor het Engelse recht. In het Amerikaanse, Duitse en Nederlandse recht spelen vergelijkbare vraagstukken. In § 14.6 en § 15.5 zal hierop nog nader worden ingegaan.

Een bijzondere vorm van kwalitatieve aansprakelijkheid is de aansprakelijkheid van de werkgever voor intimidatie op grond van geslacht en/of ras of etnische afkomst. Deze aansprakelijkheid is niet in de rechtspraak tot stand gekomen, maar berust rechtstreeks op de wet, te weten op de *Sex Discrimination Act 1975* en de *Race Relations Act 1976*. Deze wetten bepalen dat een werkgever kwalitatief aansprakelijk is voor discriminatie en intimidatie gepleegd door één van zijn werknemers bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, tenzij hij zodanige

72 [2002] 1 AC 215 (House of Lords).

73 Zie de *opinion* van Lord Clyde in *Lister* onder 215, 235 en 236.

74 Mede om die reden is op de uitspraak in *Lister* ook wel kritiek geuit. Zie bijvoorbeeld S. Deakin, " 'Enterprise-Risk': The Juridical Nature of the Firm Revisited", *Industrial Law Journal*, June 2003, p. 105.

stappen heeft genomen als redelijkerwijs van hem verlangd mocht worden ten einde de discriminerende en/of intimiderende werknemer van zijn gedrag te weerhouden.⁷⁵ In de rechtspraak is het criterium *in the course of his employment* bij discriminatie en intimidatie ruim uitgelegd.⁷⁶ Ook ernstige vormen van discriminatie en intimidatie worden geacht daaronder te vallen. Reden daarvoor is dat de Engelse rechter wil voorkomen dat juist voor de ernstiger delicten op dit gebied geen aansprakelijkheid zou bestaan. Dit zou naar de mening van de rechter in strijd zijn met de preventieve doelstelling van de antidiscriminatiewetgeving. Hetgeen in deze paragraaf is opgemerkt ten aanzien van kwalitatieve aansprakelijkheid voor letselschade in het algemeen geldt evenzeer voor kwalitatieve aansprakelijkheid voor psychisch letsel. Er zijn mij tot dusver geen uitspraken bekend waarin een werkgever kwalitatief aansprakelijk is gehouden voor psychisch letsel dat door de ene aan de andere werknemer is toegebracht, maar een dergelijke aansprakelijkheid is op zich goed denkbaar. Daarvoor gelden dan dezelfde vereisten als hiervoor weergegeven, namelijk dat het letsel is toegebracht in de uitoefening van de werkzaamheden van de onrechtmatig handelende collega, hetgeen met name het geval zal zijn als er een nauw verband bestond tussen diens werk en zijn onrechtmatige handelwijze. Is het psychisch letsel het gevolg van discriminatie en intimidatie, dan zal, zoals hiervoor weergegeven, het bestaan van een dergelijk verband sneller worden aangenomen. Daar staat dan weer tegenover dat de werkgever in dat geval aan aansprakelijkheid kan ontkomen door aan te tonen dat hij zijn verplichtingen ter voorkoming van discriminatie en/of intimidatie is nagekomen.

7.6 Vergoeding van psychische ziekte op basis van het ontslagrecht

7.6.1 Geen civielrechtelijke aansprakelijkheid voor psychisch letsel door ontslag

Zoals in § 7.2.2 reeds is opgemerkt, kan op grond van het Engelse aansprakelijkheidsrecht geen vergoeding worden verkregen voor psychisch letsel dat het gevolg is van een ontslag of de wijze waarop dit is gegeven. Dit volgt uit de uitspraak in *Johnson v Unisys*, waarin het *House of Lords* heeft geoordeeld dat er geen ruimte bestaat, naast de wetgeving inzake *unfair dismissal*, om schadevergoeding ter zake van een ontslag toe te kennen uit hoofde van de *common law*.⁷⁷ De enige

75 Art. 41 SDA 1975; art. 32 RRA 1976.

76 Zie *Jones v Tower Boot Co Ltd.* [1997] IRLR 168 (Court of Appeal). Zie ook *Armstrong v Johnson* [1997] IRLR 162 (Employment Appeal Tribunal). Zie verder § 14.6.3.

77 *Johnson v Unisys Ltd.* [2001] IRLR 279; [2001] ICR 480. Vóór *Johnson* werden in de literatuur nog wel mogelijkheden gezien voor het aanvechten van een ontslag door een beroep op de *duty of mutual trust and confidence*. Zie met name D. Brodie in "Beyond Exchange: The New Contract of Employment", *Industrial Law Journal* 1998, p. 79-102.

HOOFDSTUK 7

uitzondering hierop is de schadevergoeding die een werknemer kan verkrijgen als zijn werkgever de opzegtermijn niet in acht heeft genomen. In de zaak *Johnson* was werknemer *Johnson* in strijd met de eigen disciplinaire regels van werkgever *Unisys* ontslagen. Hij had vervolgens een psychiatrische stoornis ontwikkeld. *Johnson* stelde dat *Unisys* in strijd had gehandeld met haar *duty of mutual trust and confidence*. Het *House of Lords* oordeelde echter dat deze verplichting zich niet uitstrekt tot een ontslag.

In de rechtspraak heeft deze uitspraak tot discussie geleid over de vraag welke omstandigheden geacht moeten worden nog bij een ontslag te horen, zodat een beroep op civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever onmogelijk is, en welke omstandigheden niet. In de zaak *Eastwood and another v Magnox Electric Plc (and McCabe v Cornwall County Council and others)*⁷⁸ heeft het *House of Lords* in dit opzicht opgemerkt dat schade als gevolg van een schorsing los moet worden gezien van een ontslag. Hetzelfde geldt, aldus het *House of Lords*, voor schade als gevolg van een psychiatrische of andere ziekte die het gevolg is van onredelijk handelen van de werkgever in de periode voorafgaand aan het ontslag. Het *House of Lords* erkent dat het maken van onderscheid tussen gebeurtenissen die losstaan van een ontslag en gebeurtenissen die daarmee samenhangen in de praktijk moeilijk te maken kan zijn. Ook erkent het *House of Lords* dat zijn rechtspraak tot rechtsongelijkheid kan leiden tussen werknemers die psychisch ziek zijn geworden door een ontslag en werknemers die schade hebben opgelopen tijdens de looptijd van een dienstverband, én dat werkgevers door de uitspraken in *Johnson* en *Eastwood* aangezet kunnen worden tot ontslag van een psychisch zieke werknemer (of een werknemer die ziek dreigt te worden) teneinde te bewerkstelligen dat zij aan deze alleen een ontslagvergoeding hoeven te betalen en geen schadevergoeding op grond van het aansprakelijkheidsrecht.⁷⁹ Indien aansprakelijkheid op grond van het civiele recht wordt aangenomen, dient de werkgever namelijk in beginsel de volledige schade van een werknemer te vergoeden, terwijl de vergoeding inzake *unfair dismissal* een forfaitaire vergoeding is waarmee slechts een gedeelte van de werkelijke schade wordt vergoed.⁸⁰

Deze gevolgen van *Johnson* en *Eastwood* brengen het *House of Lords* er echter niet toe om een andere koers in te slaan. Naar het oordeel van het *House of Lords* is het aanvaarden van civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever voor een

78 [2004] UKHL 35.

79 Zie de *opinion* van Lord Nicholls of Birkenhead in *Eastwood and another v Magnox Electric plc (and McCabe v Cornwall County Council and others)* [2004] UKHL 35 and de *dissenting opinion* van Lord Steyn in deze zaak. Zie verder in de lagere rechtspraak Hale LJ in *Gogay v Hertfordshire County Council* [2000] IRLR 703 en Brooke LJ in *McCabe v Cornwall County Council and others* [2002] EWCA Civ 463.

80 De vergoeding is namelijk aan een maximum gebonden en heeft bovendien alleen betrekking op materiële en niet ook op immateriële schade. Zie verder § 7.6.2.

onrechtmatig of onzorgvuldig ontslag niet mogelijk, omdat daardoor de regeling inzake *unfair dismissal* op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist. Bovendien zou een werknemer dan twee keer schadevergoeding kunnen vorderen met betrekking tot hetzelfde feitencomplex, één keer uit hoofde van *unfair dismissal* en één keer onder verwijzing naar de *duty of mutual trust and confidence*, hetgeen volgens het *House of Lords* evenmin de bedoeling is.⁸¹ De ongewenste gevolgen van zijn rechtspraak moeten naar de mening van het *House of Lords* worden gerepareerd door de wetgever, waarbij het accent dan vooral moet liggen op het mogelijk maken van toekenning in een ontslagprocedure van een vergoeding die dichtbij de werkelijk geleden schade komt dan thans het geval is.⁸²

In de literatuur is forse kritiek geuit op de rechtspraak van het *House of Lords* in *Johnson* vanwege de hiervoor genoemde aspecten.⁸³ Deze kritiek wordt gedeeld door Lord Steyn die in een *dissenting opinion* in *Eastwood* heeft aangegeven dat naar zijn mening de uitspraak in *Johnson* herzien moet worden. Het ziet er echter niet naar uit dat dit op korte termijn zal gebeuren. Dat betekent dat in de praktijk vooral gediscussieerd zal gaan worden over de vraag of een bepaalde handelwijze van een werkgever nog moet worden aangemerkt als zijnde deel van een ontslagprocedure of niet. Het Engelse recht vertoont in dit opzicht overeenkomsten met het Nederlandse recht, waarin een werknemer op grond van de Baijingsleer ook alleen schadevergoeding kan vorderen op grond van het aansprakelijkheidsrecht voor schade die is ontstaan tijdens de looptijd van het dienstverband en die niet samenhangt met het ontslag.⁸⁴ Een verschil tussen beide rechtssystemen is wel dat in het Engelse recht nimmer vergoeding van schade als gevolg van een ontslag kan worden gevorderd op basis van het aansprakelijkheidsrecht, terwijl de samenloopproblematiek zich in het Nederlandse recht alleen voordoet als sprake is geweest van een ontbindingsprocedure. Verder zijn de ontslagvergoedingen naar Nederlands recht in de regel beduidend hoger dan in het Engelse recht. Daar staat weer tegenover dat de Engelse ontslagprocedure, anders dan de

81 Zie *Johnson v Unisys Ltd.* [2001] IRLR 279; [2001] ICR 480. Het is niet de bedoeling, aldus het *House of Lords* in deze uitspraak, dat een werknemer na een ontslagprocedure "a second bite in common law" kan hebben.

82 Zie Lord Nicholls of Birkenhead in *Eastwood and another v Magnox Electric plc (and McCabe v Cornwall Country Council and others)* [2004] UKHL 35, onder punt 33. Lord Hoffmann, Lord Roger of Earlsferry en Lord Brown of Eaton-under-Heywood delen zijn standpunt.

83 Zie onder meer D. Brodie, "Fair Dealing and the Disciplinary Process", *Industrial Law Journal* 2002, p. 294-297; B.A. Hepple and G.S. Morris, "The Employment Act 2002 and the Crisis of Individual Employment Rights", *Industrial Law Journal* 2002, p. 245-269, i.h.b. p. 255. Zie voor verdere literatuurverwijzingen de *opinion* van Lord Steyn in *Eastwood and another v Magnox Electric plc (and McCabe v Cornwall Country Council and others)* [2004] UKHL 35, onder punt 43.

84 Zie § 3.12.1.

HOOFDSTUK 7

Nederlandse ontbindingsprocedure, de mogelijkheid kent van getuigenverhoor, deskundigenonderzoek, en dat van een uitspraak in de Engelse procedure hoger beroep openstaat.⁸⁵

De Engelse rechter heeft zich nog niet duidelijk uitgesproken over de vraag in hoeverre, in die gevallen waarin wel een aansprakelijkheidsprocedure mogelijk is naast een ontslagprocedure, een reeds verkregen ontslagvergoeding in mindering moet worden gebracht op een eventuele schadevergoeding. Uitgangspunt lijkt echter te zijn dat met de ontslagvergoeding alle schade als gevolg van het ontslag geacht wordt vergoed te zijn, zodat de eventuele schadevergoeding alleen nog op andere aspecten, in het bijzonder schade als gevolg van geleden en te lijden ziekte, betrekking kan hebben.⁸⁶

7.6.2 *Unfair dismissal: algemene aspecten*

Het Engelse recht kent twee procedures waarin een vergoeding kan worden toegekend ter compensatie van schade geleden als gevolg van een ontslag. In de eerste procedure, inzake *wrongful dismissal*, kan echter alleen een vergoeding worden verkregen voor het niet in acht nemen door de werkgever van de juiste opzegtermijn. Deze procedure zal daarom verder buiten beschouwing blijven. In de tweede procedure, die inzake *unfair dismissal*, kan een werknemer die van mening is dat hij zonder goede grond ontslagen is, de rechter – het *Employment Tribunal* – verzoeken om de werkgever te veroordelen om hem een schadevergoeding te betalen.⁸⁷ De werkgever moet vervolgens aantonen dat hij een potentieel goede reden had voor ontslag, zoals onder meer disfunctioneren, onjuist gedrag door de werknemer, opheffing van zijn arbeidsplaats en ziekte. Ook moet hij duidelijk maken dat hij een correcte procedure heeft gevolgd voorafgaand aan het ontslag, bijvoorbeeld de werknemer heeft gewezen op diens disfunctioneren, hem de gelegenheid heeft geboden zijn kant van het verhaal naar voren te brengen, eventueel aanwezige disciplinaire procedures heeft gevolgd etc. Een werkgever hoeft in beginsel niet te bewijzen dat hij inderdaad een goede reden voor ontslag had. Was de reden potentieel juist en de gevolgde procedure correct, dan wordt het ontslag als redelijk aangemerkt. In het algemeen geldt dat de aan te leggen toets

85 Zie ook M.S.A. Vegter, "Schadevergoeding en ontslagvergoeding", *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2003, p. 73-74.

86 Zie D. Brodie, *Industrial Law Journal* 2002, p. 296, die van mening is dat er niet snel een dubbele vergoeding zal worden toegekend omdat in gevallen waarin ook ontslag heeft plaatsgevonden, dit ontslag in beginsel als primaire oorzaak van de schade moet worden aangemerkt, zodat er nog maar weinig ruimte is voor een aanvullende schadevergoeding.

87 De werkgever kan ook veroordeeld worden om de werknemer weer in dienst te nemen c.q. tewerk te stellen, maar in de praktijk gebeurt dit weinig. Zie Deakin and Morris, 1998, p. 465.

inhoudelijk niet zeer scherp is. De nadruk ligt vooral op de procedurele kant van het ontslag.⁸⁸

Een werknemer kan ook zelf ontslag nemen en vervolgens een beroep doen op *unfair dismissal*. In dat geval moet hij aantonen dat hij ontslag heeft genomen vanwege *breach of contract* door de werkgever. Slaagt hij daar in, dan wordt zijn ontslagname aangeduid als *constructive dismissal*. In dat geval wordt aangenomen dat in feite de werkgever de initiator is van het ontslag en kan de werknemer aanspraak maken op een ontslagvergoeding.⁸⁹

Acht de rechter een ontslag onredelijk, dan kan hij een schadevergoeding toekennen. Deze kent in elk geval een algemene component (*basic award*) waarvan de hoogte wordt vastgesteld aan de hand van leeftijd, lengte van het dienstverband en hoogte van het salaris. Aan de werknemer komt een vergoeding toe van één weksalaris vermenigvuldigd met het aantal dienstjaren (met een maximum van 20) en met een factor $1/2$ (voor werknemers jonger dan 22), 1 (22 tot 41 jaar) of $1\frac{1}{2}$ (voor werknemers van 42 jaar en ouder). Deze formule lijkt op de kantonrechttersformule met dien verstande dat daarbij wordt uitgegaan van een maandsalaris per dienstjaar in plaats van een weksalaris en van een dienstjarenfactor van 1 tot en met 2, in plaats van een £ (hetgeen neerkomt op een halvering van de vergoeding) tot $1\frac{1}{2}$. Voor het in de berekening mee te nemen weksalaris geldt in het Engelse recht een maximum. In 2005 is dit £ 280,- per week. De hoogte hiervan wordt jaarlijks aangepast aan de prijscompensatie. De maximale *basic award* bedraagt daarmee in het jaar 2005, bij 20 dienstjaren boven de 41, £ 8.400,-. De vergoeding beoogt een tegemoetkoming te zijn in het verlies aan inkomen dat de werknemer lijdt en zal lijden door het verlies van zijn baan. Eventuele verwijtbaarheid aan de kant van de werkgever speelt in beginsel geen rol bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding. Wel kan de vergoeding verhoogd worden in geval het ontslag te maken had met vakbondslidmaatschap, activiteiten op het gebied van de arbeidsomstandigheden etc. De vergoeding kan verlaagd worden wegens *contributory fault* (eigen schuld) van de werknemer.

Naast de *basic award* kan nog een aanvullende vergoeding worden toegekend (*compensatory award*) indien de rechter dat billijk acht gelet op de schade die de werknemer door toedoen van de werkgever heeft geleden, zoals verlies aan loon en pensioen. Verwijtbaarheid van de werkgever speelt hierbij dus wel een rol. Bij de vaststelling van de *compensatory award* wordt rekening gehouden met het

88 Zie Deakin and Morris, 1998, p. 464-491. Naast deze meer inhoudelijke beperking geldt als formeel vereiste dat alleen werknemers die langer dan een jaar in dienst zijn een beroep kunnen doen op *unfair dismissal*. Hier zijn wel uitzonderingen op afhankelijk van de ontslaggrond. Op sommige ontslaggronden, zoals bijvoorbeeld discriminatie, kan ook een beroep worden gedaan door werknemers die korter dan een jaar in dienst zijn. Zie hierover Pitt, 2000, p. 234-236.

89 Zie uitgebreid Pitt, 2000, p. 239-240.

HOOFDSTUK 7

daadwerkelijk door de werknemer geleden en te lijden inkomensverlies. Eventuele inkomsten elders worden op de vergoeding in mindering gebracht. Voor deze vergoeding gold in 2004 een maximum van £ 55.000,- en in 2005 een maximum van £ 56.800,-. Ook deze vergoeding kan verminderd worden in geval van *contributory fault* van de werknemer. Een werkgever kan ook veroordeeld worden om een werknemer weer in dienst te nemen. Doet hij dit niet, dan kan met het oog hierop nog een vergoeding worden toegekend van een bedrag liggend tussen een half jaarsalaris en een heel jaarsalaris

Hoewel de maximaal toe te kennen vergoedingen naar Nederlandse maatstaven reeds laag liggen, worden in de praktijk nog veel lagere vergoedingen toegekend. In het jaar 1995-1996 werd een gemiddelde vergoeding toegekend van £ 2.499,-⁹⁰ en in het jaar 1998-1999 van £ 2.388,-.⁹¹ Mede om deze reden is er veel kritiek op de *unfair dismissal procedure*.⁹²

In de *unfair dismissal procedure* kan geen vergoeding worden toegekend wegens *injury to feelings/general distress*. Uitgangspunt is dat alleen *economic loss* voor vergoeding in aanmerking komt. Dit uitgangspunt is voor het eerst expliciet geformuleerd door het *Court of Appeal* in de zaak *Norton Tool Co Ltd v Tewson* uit 1972⁹³ en is in 2004 door het *House of Lords* bevestigd in de zaak *Dunnachie v Kingston-upon-Hull City Council*.⁹⁴ Naar de mening van het *House of Lords* biedt de relevante wettekst, waarin is bepaald dat

“(...) the amount of the compensatory award shall be such amount as the tribunal considers just and equitable in all the circumstances having regard to the loss sustained by the complainant in consequence of the dismissal in so far as that loss is attributable to action taken by the employer”⁹⁵

geen ruimte voor toekenning van een vergoeding voor *injury to feelings* en vergelijkbare immateriële schade.

7.6.3 Vergoeding van psychische ziekte middels de procedure inzake *unfair dismissal*

Het feit dat een werknemer psychisch ziek is geworden door het werk kan naar Engels recht aanspraak geven op een vergoeding indien de ziekte het gevolg is

90 Deakin and Morris, 1998, p. 502.

91 Pitt, 2000, p. 276.

92 Pitt, 2000, p. 277. Zie ook Lord Steyn in *Johnson v Unisys* onder 23 met verwijzing naar literatuur.

93 [1972] ICR 501 (Court of Appeal).

94 [2004] UKHL 36. Het *Court of Appeal* had in deze zaak geoordeeld dat de redenering in *Norton Tool Co Ltd* verlaten moest worden en dat de wettekst wel ruimte bood voor toekenning van een vergoeding voor *injury to feelings*.

95 Part X, section 123 of the Employment Rights Act 1996 as amended.

VERGOEDING VAN PSYCHISCH LETSEL DOOR DE WERKGEVER NAAR ENGELS RECHT

van tekortschieten door de werkgever in zijn verplichtingen. In een dergelijk geval is het aan de werknemer om ontslag te nemen wegens dit tekortschieten door de werkgever (*breach of duty*) en vervolgens aanspraak te maken op een vergoeding inzake *unfair (constructive) dismissal*. Neemt een werknemer geen ontslag, ondanks de tekortkoming van de werkgever, maar wordt hij vervolgens zelf ontslagen, dan is het moeilijker voor hem om een ontslagvergoeding te verkrijgen vanwege de handelwijze van zijn werkgever, omdat de werkgever in dat geval niet behoeft aan te tonen dat het ontslag redelijk is, maar alleen dat hij een potentieel juiste reden voor het ontslag had en dat hij een correcte procedure heeft gevolgd.⁹⁶

Een werknemer kan alleen ontslag nemen en aanspraak maken op een vergoeding als sprake is van tekortschieten door de werkgever in zijn verplichtingen. Kan een werknemer geen tekortschieten aantonen, maar alleen dat hij (psychisch) ziek is geworden door het werk, dan heeft hij geen recht op een vergoeding. In die zin kent het Engelse ontslagrecht, waar het gaat om de vergoeding van (psychische) ziekte, alleen een vorm van foutaansprakelijkheid en geen vergoeding op no-fault basis.

Staat eenmaal vast dat een ontslag *unfair* is, dan kan bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding rekening worden gehouden met eventuele (psychische) ziekte aan de zijde van de werknemer. Een werknemer kan meer vermogensschade lijden dan normaliter het geval is indien hij psychisch ziek is geworden door het ontslag, omdat het naar verwachting langer zal duren dan normaal voor hij weer aan het werk kan gaan. Dat kan een verhogend effect hebben op de *compensatory award*, bij de vaststelling waarvan gekeken wordt naar het te verwachten inkomensverlies. Toekenning van een vergoeding voor *injury to feelings* is niet mogelijk vanwege de uitspraak van het *House of Lords* in *Dunnachie v Kingston-upon-Hull City Council* in 2004.⁹⁷ Voor de gevolgen van een psychische ziekte kan dus alleen een vergoeding worden verkregen, voor zover deze gevolgen materiële schade teweegbrengen.

7.7 Samenvatting

In het Engelse recht kan een werkgever, evenals naar Nederlands recht, op grond van het aansprakelijkheidsrecht worden veroordeeld tot het vergoeden van de schade van een werknemer die psychisch ziek is geworden door schending door de werkgever van zijn zorgplicht. Grondslagen hiervoor zijn *the employer's duty to take reasonable care with regard to the health and safety of his employees*, welke verplichting op *tort* berust, de contractuele *duty of mutual trust and confidence*, en wettelijke verplichtingen ter voorkoming van psychisch letsel van een werknemer, voor zover niet-nakoming daarvan civielrechtelijk gesanctioneerd is. In alle drie

⁹⁶ Zie § 7.6.2.

⁹⁷ [2004] UKHL 36.

HOOFDSTUK 7

de gevallen gaat het om foutaansprakelijkheid. De werkgever kan niet civielrechtelijk aansprakelijk worden gehouden voor psychisch letsel van een werknemer dat samenhangt met een hem gegeven ontslag. De werknemer is daarvoor aangevozen op het ontslagrecht.

Schadevergoeding wordt alleen dan toegekend als sprake is van een *recognised psychiatric illness*. Lichtere vormen van psychisch letsel, zoals *injury to feelings*, geven alleen recht op schadevergoeding in geval van discriminatie/intimidatie. Het Engelse aansprakelijkheidsrecht kent, anders dan het Nederlandse, geen omkering van de bewijslast in geval de werknemer aantoont dat hij ziek is geworden door het werk dan wel dat zijn werkgever is tekortgeschoten in een zorgplicht die specifiek strekte ter voorkoming van zijn letsel. Naar Engels recht rust zowel de bewijslast van het tekortschieten door de werkgever als van het causaal verband tussen tekortschieten en letsel (en daarmee impliciet ook het causaal verband tussen werk en letsel) op de werknemer. Factoren aan de zijde van de werknemer die hebben bijgedragen aan het ontstaan van een psychische ziekte worden naar Engels recht aan de werknemer zelf toegerekend. Verdeling van schade is dan het uitgangspunt. Voor zover schade ernstiger uitvalt als gevolg van een predispositie van de werknemer is de werkgever in beginsel ook voor die ernstiger gevolgen aansprakelijk. Over een eventueel verschil tussen predispositie en eigen schuld heeft de Engelse rechter zich tot dusver niet gebogen.

Een werkgever kan naar Engels recht ook kwalitatief aansprakelijk worden gehouden voor psychisch letsel dat de ene werknemer aan de andere heeft toegebracht, mits er een voldoende nauw verband bestaat tussen het onrechtmatig handelen van de eerste werknemer en diens werkzaamheden. Bij discriminatie en intimidatie wordt een dergelijk verband sneller aangenomen dan bij andere vormen van onrechtmatig gedrag. Wel kan de werkgever zich daarbij van aansprakelijkheid bevrijden door aan te tonen dat hij die stappen heeft genomen die redelijkerwijs van hem verlangd mochten worden teneinde de discriminerende/intimiderende werknemer van zijn gedrag te weerhouden.

In het ontslagrecht kan aan een psychische zieke werknemer een vergoeding uit hoofde van *unfair dismissal* worden toegekend als wordt geoordeeld dat een ontslag onredelijk is. Het bestaan van een psychische ziekte is daarvoor onvoldoende. Indien een psychische ziekte het gevolg is van verwijtbaar handelen door de werkgever, kan hierin wel aanleiding worden gevonden voor het toekennen van een vergoeding. Deze situatie zal zich vooral voordoen bij *constructive dismissal*, een situatie waarin een werknemer zelf ontslag neemt vanwege verwijtbaar handelen door zijn werkgever en vervolgens aanspraak maakt op een vergoeding inzake *unfair dismissal*. Het bestaan van psychische arbeidsongeschiktheid kan een verhogend effect hebben op een toe te kennen *compensatory award*, namelijk indien er door de arbeidsongeschiktheid sprake is van hogere inkomensschade dan anders het geval geweest zou zijn. Toekenning van een vergoeding voor *injury to feelings* in een ontslagprocedure is naar Engels recht niet mogelijk.

8. Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever naar Duits recht – collectieve ongevallenverzekering, foutaansprakelijkheid, kwalitatieve aansprakelijkheid en ontslagrecht

8.1 Inleiding en plan van behandeling

In dit hoofdstuk zal, op vergelijkbare wijze als in hoofdstuk 7, worden besproken welke grondslagen het Duitse recht kent voor de vergoeding van werkgerelateerd psychisch letsel. De voorwaarden die in het Duitse recht worden gesteld aan de vergoeding van psychisch letsel in een concreet geval zullen in deel II van dit boek aan de orde komen.

In het Duitse recht is, anders dan in het Nederlandse en het Engelse recht, niet de foutaansprakelijkheid van de werkgever de belangrijkste grondslag voor de vergoeding van werkgerelateerd psychisch letsel (gevolgd door het ontslagrecht), maar een no-fault vergoedingssysteem in de vorm van een verplichte wettelijke ongevallenverzekering voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. De ongevallenverzekering maakt deel uit van het sociaal zekerheidsrecht en is als zodanig opgenomen in het *Sozial Gesetzbuch* deel VII (hierna SGB). De bijdragen voor de verzekering worden echter uitsluitend door de werkgever, althans het collectief van werkgevers, betaald.¹ De werknemers betalen geen premie voor de verzekering en de overheid evenmin. Derhalve is geen sprake van een zuiver publiek stelsel van sociale zekerheid, maar van vergoeding van werkgerelateerd letsel door de werkgever, zij het dat vergoeding niet plaatsvindt op basis van individuele aansprakelijkheid, maar op basis van een collectieve verzekering.²

In ruil voor de bekostiging van de verzekering, is civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten buiten het SGB om vrijwel geheel uitgesloten.³ Dat betekent dat foutaansprakelijkheid van de werkgever voor veilige en gezonde arbeidsomstandigheden als grondslag voor de vergoeding van psychische ziekte door het werk in het Duitse recht relatief weinig betekenis heeft. Het Duitse recht kent wel een met artikel 7:658 BW vergelijkbaar artikel, § 618 BGB, op grond waarvan een werkgever kan worden aange-

1 T. Dieterich, P. Hanau, G. Schaub, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, München 1998, p. 2480.

2 Zouden de vergoedingen uit hoofde van de ongevallenverzekering mede worden bekostigd door overheid en/of werknemers, dan zou geen sprake meer zijn van vergoeding van letsel door de werkgever, hetzij rechtstreeks hetzij op basis van een door hem afgesloten verzekering. De ongevallenverzekering zou dan buiten het bestek van dit boek vallen. Zie ook § 1.2. Dit is echter niet het geval, nu de ongevallenverzekering uitsluitend door werkgevers wordt bekostigd.

3 § 104 SGB VII.

HOOFDSTUK 8

sproken ter vergoeding van letselschade die het gevolg is van schending van zijn zorgplicht voor de veiligheid en gezondheid van een werknemer, maar op dit artikel wordt in de praktijk zelden een beroep gedaan vanwege de uitsluiting van aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Niettemin zou het artikel in de toekomst wellicht een functie kunnen vervullen als grondslag voor de vergoeding van psychisch letsel in die gevallen waarin het psychisch letsel niet het gevolg is van een arbeidsongeval of beroepsziekte als bedoeld in het SGB. Een belangrijker grondslag voor foutaansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel is te vinden in de verplichting van de werkgever om het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer te beschermen. Dit recht vloeit voort uit het grondwettelijk gewaarborgde recht op respect voor de menselijke waarde en op de ontwikkeling van de persoonlijkheid en houdt in arbeidsrelaties in dat werknemers recht hebben op respect voor hun persoonlijkheid.⁴ Dezelfde verplichting van de werkgever om de persoonlijkheid van de werknemer te respecteren, vloeit daarnaast voort uit zijn contractuele *Fürsorgepflicht*, een verplichting die vergelijkbaar is met die van het goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW. Een werknemer kan zowel op de *Fürsorgepflicht* als op de verplichting van de werkgever om zijn algemeen persoonlijkheidsrecht te beschermen, een beroep doen ter verkrijging van schadevergoeding voor psychisch letsel in die gevallen waarin deze verplichtingen strekken tot bescherming tegen psychisch letsel.

De uitsluiting van aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten op grond van het SGB geldt ook voor schade die is toegebracht door collega's. Er is daarom in het Duitse recht ook weinig ruimte voor kwalitatieve aansprakelijkheid van een werkgever voor (psychisch) letsel van een werknemer, althans voor zover dit letsel het gevolg is van een arbeidsongeval of beroepsziekte als bedoeld in het SGB. Kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever kan wel worden aangenomen voor (psychisch) letsel dat niet is te herleiden tot een arbeidsongeval of beroepsziekte in de zin van het SGB. Hiertoe behoren onder meer psychische ziekten als gevolg van pesten en/of seksuele intimidatie.

Indien een werknemer psychisch ziek is geworden door verwijtbaar handelen van zijn werkgever kan dit grond vormen voor ontslagname door de werknemer wegens een door de werkgever gegeven gewichtige reden. Vervolgens kan de werknemer dan aanspraak maken op een ontslagvergoeding. Een werknemer heeft deze mogelijkheid niet als er geen sprake is van verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever. Is eenmaal vastgesteld dat de werkgever aan de werknemer een ontslagvergoeding verschuldigd is, dan kan het bestaan van (psychische) ziekte van invloed zijn op de hoogte daarvan.

In dit hoofdstuk zal eerst worden ingegaan op de regeling van het SGB (§ 8.2), nu die in het Duitse recht de hoofdroute is voor de vergoeding van schade door

4 Vgl. onder andere de volgende uitspraken van het *Bundesarbeitsgericht* (BAG): BAG 15.7.1987, DB 1987, 2571; BAG 4.4.1990, NZA 1990, 933 en DB 1990, 1522; BAG 29.10.1997, DB 1998, 371 en NZA 1998, 307.

arbeidsongevallen en beroepsziekten. Daarna komen § 618 BGB (§ 8.3), het algemeen persoonlijkheidsrecht en de *Fürsorgepflicht* (§ 8.4) aan de orde als grondslagen voor de vergoeding van psychische ziekte door het werk, gevolgd door de kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever (§ 8.5). Als laatste zal worden ingegaan op het Duitse ontslagrecht (§ 8.6).

8.2 Vergoeding van psychisch letsel op grond van de wettelijke ongevallenverzekering (SGB)

8.2.1 *Algemene aspecten van de ongevallenverzekering*

Zoals gezegd geeft de wettelijke ongevallenverzekering aan Duitse werknemers die arbeidsongeschikt zijn geworden als gevolg van een arbeidsongeval of beroepsziekte als gedefinieerd in het SGB recht op een uitkering. Niet vereist is dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen. Arbeidsongevallen in de zin van het SGB zijn in de tijd begrensde, van buiten af op het lichaam inwerkende gebeurtenissen die tot gezondheidsschade of de dood leiden.⁵ Als beroepsziekten in de zin van de verzekering worden die ziekten aangemerkt die op een lijst van erkende beroepsziekten staan.⁶ Daarnaast kan in een concreet geval een ziekte die niet op deze lijst staat als beroepsziekte worden aangemerkt, indien op grond van nieuwe inzichten uit de medische wetenschap moet worden aangenomen dat sprake is van een beroepsziekte.⁷

Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten waarop het SGB van toepassing is, is uitgesloten met uitzondering van aansprakelijkheid voor opzettelijk handelen van de werkgever en voor bepaalde verkeersongevallen.⁸ Daarnaast is civielrechtelijke aansprakelijkheid mogelijk voor letsel dat niet het gevolg is van een arbeidsongeval of beroepsziekte als bedoeld in het SGB.⁹ Daartoe behoren onder meer (nog) niet erkende beroepsziekten, zoals (de meeste) psychische ziekten.

5 § 8 I SGB VII.

6 § 9 I SGB VII.

7 § 9 II SGB VII.

8 Zie § 8.3.1.

9 Het verschil tussen beide categorieën zit hem daarin dat in het eerste geval – opzettelijk toegebracht letsel en bepaalde verkeersongevallen – in beginsel sprake is van een arbeidsongeval als bedoeld in het SGB. Het SGB zou dus normaliter van toepassing zijn en daarmee ook de uitsluiting van civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever. De wetgever heeft dit echter niet wenselijk geacht en heeft daarom expliciet een uitzondering opgenomen in dit opzicht. Bij ziekten en ongevallen die niet kunnen worden aangemerkt als een beroepsziekte of arbeidsongeval in de zin van het SGB, is deze wet überhaupt niet van toepassing en de uitsluiting van civielrechtelijke aansprakelijkheid dus ook niet.

HOOFDSTUK 8

De uitsluiting van aansprakelijkheid van de werkgever geldt niet alleen voor schade die het gevolg is van schending door de werkgever zelf van zijn zorgplicht voor veilige en gezonde arbeidsomstandigheden, maar ook voor schade die de ene werknemer aan de andere heeft toegebracht.¹⁰ Een werknemer kan zich dus ter verkrijging van schadevergoeding niet beroepen op een eventuele kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor schadeveroorzakend handelen door een collega. De uitsluiting strekt zich ook uit tot de schadetoebrengende collega zelf.¹¹ Deze kan evenmin aansprakelijk worden gesteld door een collega-werknemer wegens het veroorzaken van letselschade. De uitsluiting strekt zich niet uit tot derden. Deze kunnen wel schadevergoeding vorderen van een werkgever indien zij letselschade hebben opgelopen als gevolg van onrechtmatig handelen van hemzelf en/of één van zijn werknemers.

De uitsluiting van aansprakelijkheid omvat ook een eventueel recht op smartengeld. De wettelijke ongevallenverzekering kent geen recht op smartengeld en van de werkgever kan dit niet gevorderd worden vanwege de uitsluiting van diens aansprakelijkheid. Deze regeling is door gelaedeerde werknemers aangevochten op grond van het feit dat zij aldus ongelijk worden behandeld ten opzichte van andere slachtoffers, niet zijnde werknemers, die wel hun immateriële schade vergoed kunnen krijgen. Het *Bundesverfassungsgericht* heeft echter in meerdere beslissingen geoordeeld dat er geen sprake is van schending van een grondrechtelijk beginsel, met name niet omdat de uitkering krachtens de verzekering niet lager zou zijn dan de eventuele schadevergoeding die de werknemer zonder verzekering van een derde had kunnen verkrijgen. In een aantal gevallen zou de uitkering zelfs hoger zijn dan de daadwerkelijke schade als gevolg van het ongeval. Daarom kan, aldus het *Bundesverfassungsgericht*, de uitkering geacht worden om, in elk geval gedeeltelijk, een vergoeding voor immateriële schade in te houden.¹² De uitkering uit hoofde van het SGB gaat na zes weken in – gedurende de eerste zes weken van ziekte moet de Duitse werkgever het loon doorbetalen¹³ – en is voor wat betreft de hoogte afhankelijk van de mate van verlies van verdien capaciteit en van het laatstgenoten loon. In geval van volledige arbeidsongeschiktheid bedraagt de uitkering bruto ongeveer 2/3^e van het laatstverdiende salaris. Omdat op de uitkering geen belastingen en sociale verzekeringspremies worden ingehouden, is de uitkering netto ongeveer gelijk aan het laatstverdiende loon. In geval van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid wordt de uitkering op een lager

10 § 104 SGB VII.

11 § 105 SGB VII.

12 Onder andere in BVerfG 7.11.1972, NJW 1973, 502 en BVerfG 8.2.1995, NJW 1995, 1607. Zie voor kritiek op deze uitspraken onder meer C. Rolfs, "Die Neuregelung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerhaftung bei Arbeitsunfällen durch das SGB VII", NJW 1996, p. 3182 en de door hem in noot 50 genoemde auteurs.

13 § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz, BGBl. I, p. 1065.

bedrag vastgesteld evenredig aan de mate van verlies van verdien capaciteit.¹⁴ Hiernaast worden noodzakelijke kosten van medische behandeling vergoed.

8.2.2 *Vergoeding van psychisch letsel op grond van de wettelijke ongevallenverzekering*

Psychisch letsel als gevolg van een beroepsziekte komt vooralsnog niet voor vergoeding in aanmerking op grond van het SGB, nu er geen psychische beroepsziekten op de lijst van erkende beroepsziekten staan.¹⁵ Psychisch letsel als gevolg van een arbeidsongeval kan wel recht geven op een uitkering indien sprake is van een in de tijd begrensde, van buiten af op het lichaam inwerkende gebeurtenis.¹⁶ Of dit het geval is, zal bij psychisch letsel vaak moeilijk te bepalen zijn. Daarbij zal immers vaker dan bij lichamelijk letsel sprake zijn van langzaam verdergerende klachten die uiteindelijk tot ziekte leiden, en niet zozeer van één gebeurtenis. Bij pesten bijvoorbeeld kan het gebeuren dat een werknemer na enige tijd ziek wordt. Het is dan moeilijk om één of twee bepaalde gebeurtenissen aan te wijzen die de ziekte teweeg hebben gebracht. Bij een ziekte als burn-out is dit nog lastiger omdat deze ziekte het gevolg kan zijn van langdurige overbelasting zonder dat specifieke incidenten aangewezen kunnen worden. Duidelijk is dat het begrip 'arbeidsongeval' niet is geschreven voor dergelijke oorzaken en vormen van letsel. Niettemin wordt in de literatuur wel betoogd dat psychisch letsel als gevolg van seksuele intimidatie¹⁷ of als gevolg van pesten¹⁸ onder omstandigheden recht zou moeten geven op een uitkering krachtens het SGB. In een brochure van het *Bundesarbeitsministerium*¹⁹ wordt evenwel opgemerkt dat pesten niet als een arbeidsongeval kan worden aangemerkt,

14 Vgl. W. Däubler, *Das Arbeitsrecht 2*, Hamburg 1998, p. 277-279. Zie ook <http://www.hvbg.de/d/pages/index.html> en http://www.unfallkassen.de/webcom/show_article.php?wc_c=476, 27 maart 2005.

15 Volgens informatie van één van de *Berufsgenossenschaften*, het *Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften HVBG* van 20 december 2002 is er ook geen discussie gaande in Duitsland over de vraag of bijvoorbeeld stressgerelateerde ziekten, zoals burn-out, aanspraak moeten kunnen geven op een uitkering. Er zijn mij ook geen voorbeelden bekend van gevallen waarin op basis van nieuwe inzichten uit de medische wetenschap is aangenomen dat sprake was van een beroepsziekte.

16 § 8 SGB VII.

17 Holzbecher, Braszeit, Müller, Plogstedt, *Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz*, München 1991, p. 388.

18 W. Däubler, "Mobbing und Arbeitsrecht", *Betriebs-Berater* 1995, p. 1350.

19 Bundesarbeitsministerium, *Mobbing am Arbeitsplatz*, <http://www.bmwa.bund.de/Navigation/Arbeit/Arbeitsrecht/mobbing,did=20670.html>, punt 17, 31 augustus 2004.

HOOFDSTUK 8

“da es sich bei Mobbing nicht um ein plötzliches Ereignis, sondern um einen längere Zeit andauernden Prozess handelt.”

Niet alleen de definitie van een arbeidsongeval zoals weergegeven in het SGB, maar ook het vereiste voor het recht op uitkering, dat vast moet staan dat het psychisch letsel werkgerelateerd is en niet het gevolg van karaktereigenschappen van de werknemer die losstaan van het werk, kan voor problemen zorgen in het geval dat een psychisch zieke werknemer om toekenning van een uitkering verzoekt. Vereist is namelijk dat de werkzaamheden een wezenlijke oorzaak van het ongeval vormen:

“Der Tätigkeit (...) mu, zumindest eine wesentliche Teilursache für den Eintritt des Unfalls darstellen”²⁰

Zijn niet de werkzaamheden, maar is het karakter van een werknemer de oorzaak geweest van een arbeidsongeval, dan ontstaat geen recht op uitkering. In die zin wees bijvoorbeeld het *Landessozialgericht Baden-Württemberg* het beroep van een werknemer tegen weigering van een uitkering uit hoofde van het SGB af, op de grond dat het ongeval dat de werknemer was overkomen – hij had, na opmerkingen van collega's, twee van hen verbaal bedreigd en was vervolgens van het 2,5 meter hoge dak, waarop hij werkzaam was, gesprongen – niet zozeer het gevolg was van de bedrijfsomstandigheden, waaronder het gedrag van de collega's, maar veeleer voortvloeide uit karaktereigenschappen van de werknemer zelf.²¹

Van psychisch letsel als gevolg van een arbeidsongeval kan wel sprake zijn in shockschade-achtige situaties, bijvoorbeeld als het psychisch letsel het gevolg is van een roofoverval op het werk. Er is dan zowel sprake van een arbeidsongeval in de zin van een in de tijd begrensde, van buiten af op het lichaam inwerkende gebeurtenis als van causaal verband met het werk. In die zin verschilt shockschade van andere psychische ziekten, zoals ziekten als gevolg van overbelasting, intimidatie en personeelsbeslissingen, waarbij in de regel niet voldaan zal kunnen worden aan deze twee vereisten voor het recht op uitkering.

8.3 Vergoeding van psychisch letsel op grond van § 618 BGB

8.3.1 Vergoeding van letsel op grond van § 618 BGB: algemene aspecten

De verplichting van de werkgever om te zorgen voor veilige en gezonde arbeidsomstandigheden is in het Duitse recht neergelegd in § 618 BGB. Dit artikel wordt

20 *Erfurter Kommentar* 2001, p. 2467; BSG 31.7.1985, *SozR* 2200 § 548 Nr. 75; BSG 22.8.1990, *SozR* 3-2200 § 548 Nr. 4.

21 LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 24.01.2002 – L 7 U 645/00.

VERGOEDING VAN PSYCHISCH LETSEL DOOR DE WERKGEVER NAAR DUITSE RECHT

wel gezien als een concretisering van de meer algemene *Fürsorgepflicht* van de werkgever. Lid 1 van § 618 BGB luidt als volgt:

§ 618 BGB

- 1 Der Dienstberechtigte hat Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seine Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, daß der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet.

Algemeen erkend is dat dit voorschrift ook betrekking heeft op het zorgen voor de instandhouding van goede zeden en fatsoen binnen de onderneming.²² Lid 3 van § 618 BGB bepaalt dat de werknemer wiens leven of gezondheid geschaad is door niet-nakoming door de werkgever van zijn zorgplicht, recht heeft op schadevergoeding conform de bepalingen § 842 tot en met § 846 BGB. Op grond van deze artikelen, die betrekking hebben op verplichtingen tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad, kan een werknemer in een dergelijk geval aanspraak maken op vergoeding van kosten en inkomensschade en, sinds 1 augustus 2002, tevens op een vergoeding van immateriële schade indien sprake is van aantasting van de gezondheid, vrijheid of seksuele integriteit.²³

Zoals reeds opgemerkt in § 8.1, heeft § 618 lid 3 BGB in de praktijk weinig betekenis vanwege de uitsluiting van aansprakelijkheid van de werkgever op grond van § 104 SGB VII. Deze uitsluiting geldt niet voor letsel dat de werkgever opzettelijk heeft toegebracht en niet voor bepaalde verkeersongevallen.²⁴ Van opzettelijk handelen is echter slechts sprake als de werkgever persoonlijk een verwijt treft van zijn opzettelijke gedraging. Is de werkgever een rechtspersoon, dan is hij tegenover een werknemer niet aansprakelijk voor de handelwijze van een medebestuurder.²⁵ Praktisch gezien heeft de uitzondering inzake het opzettelijk veroorzaken van letsel dan ook weinig betekenis.²⁶

22 Th. Thees, *Das Arbeitnehmer-Persönlichkeitsrecht als Leitidee des Arbeitsrechts*, diss. Berlijn 1995, p. 133.

23 Vgl. § 253 BGB. Vóór 1 augustus 2002 kon alleen aanspraak worden gemaakt op smartengeld indien (tevens) sprake was van een onrechtmatige daad. Wanprestatie, zoals bij schending van § 618 BGB, gaf tot die datum geen recht op een vergoeding van immateriële schade. Zie over de achtergronden en verdere inhoud van de wetswijziging van 1 augustus 2002: E. Deutsch, "Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung", *ZRP* 2001, p. 351-354 en V. Heutger, "Hervorming van het schadevergoedingsrecht in Duitsland", *AV&S* 2002, p. 19-21.

24 *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, München, 2001, p. 1585. Onder de ongevallenverzekering valt bijvoorbeeld de weg van huis naar werk, tenzij de werknemer een ongeval krijgt als hij even uitstapt om voor zichzelf een boodschap te doen. Zie ook Däubler, 1998, p. 276.

25 Vgl. Rolfs, *NJW* 1996, p. 3178.

26 Vgl. Rolfs, *NJW* 1996, p. 3178.

HOOFDSTUK 8

Een beroep op § 618 BGB ter verkrijging van schadevergoeding voor werkgerelateerd letsel is voorts mogelijk in situaties waarin wel sprake is van werkgerelateerd letsel, maar dit letsel niet het gevolg is van een arbeidsongeval of beroepsziekte als bedoeld in het SGB.²⁷ Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van het *Arbeitsgericht Hamburg* uit 1989, waarin aan een werkneemster die gezondheidsschade had opgelopen door het roken van collega's op de werkplek, een vergoeding werd toegekend voor zowel haar inkomensschade als haar immateriële schade.²⁸ Het *Arbeitsgericht* oordeelde in deze uitspraak dat geen sprake was van een arbeidsongeval omdat het ging om een geleidelijk ontstane ziekte en evenmin van een beroepsziekte omdat letsel door passief roken niet op de lijst van beroepsziekten stond en ook overigens niet als een beroepsziekte als bedoeld in de wet aangemerkt kon worden. Wel achtte de rechter de werkgever aansprakelijk uit hoofde van het civiele recht.²⁹

Spreekt een werknemer zijn werkgever aan uit hoofde van § 618 BGB, dan moet hij bewijzen dat zijn werkgever in strijd met een in dit artikel vervatte verplichting heeft gehandeld (*daß ein ordnungswidriger Zustand vorgelegen hat*) alsmede dat deze tekortkoming geschikt was (*geeignet*) om de ontstane letselschade teweege te brengen. Slaagt de werknemer daar in, dan moet de werkgever op zijn beurt bewijzen dat hem geen schuld treft.³⁰ De werknemer heeft daarmee een zwaardere bewijslast dan naar Nederlands recht krachtens artikel 7:658 BW op hem zou rusten. In dat geval zou hij de *ordnungswidriger Zustand* niet behoeven te bewijzen, maar alleen dat hij door het werk schade heeft opgelopen.

De bewijslast ten aanzien van het causaal verband tussen werk en letsel ligt naar Duits recht in principe bij de werknemer. Däubler stelt in dit opzicht voor om de bewijslast naar de werkgever te verschuiven als de werknemer prima facie bewijs levert dat het werk de oorzaak is van zijn klachten. Als reden hiervoor voert hij aan dat de werkgever, anders dan de werknemer, in staat is om arbeidsomstandigheden, waarvan op statistische gronden bekend is dat zij veelal bepaalde ziekten teweege brengen, te wijzigen.³¹ Een dergelijke verschuiving van de bewijslast vindt in het Duitse recht wel plaats waar het gaat om de aansprakelijkheid voor verkeersongevallen.³² Op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid zijn

27 Zie ook § 8.2.1.

28 AG Hamburg 14.4.1989, *Der Betrieb* 1989, 1142.

29 Overigens werd de verplichting tot schadevergoeding door het *Arbeitsgericht* niet gebaseerd op § 618 BGB, maar op de algemene *Fürsorgepflicht* van de werkgever. Wel werd expliciet aangegeven dat de werkgever zijn zorgplicht om de gezondheid van de werknemer te beschermen had aangetast.

30 *Erfurter Kommentar*, München 2001, p. 1585. BAG 27.2.1970 AP BGB § 618 Nr. 16; BGH 6.4.1995, NJW 1995, 2629. Zie ook M. Kort, "Inhalt und Grenzen der arbeitsrechtlichen Personenfürsorgepflicht", NZA 1996, p. 855-858.

31 Däubler 1998, p. 282-283.

32 Vgl. BGH VersR 84/40 en NJW 84, 432. Zie ook G. Küppersbusch, *Ersatzansprüche bei Personenschaden*, München 1996, p. 7.

VERGOEDING VAN PSYCHISCH LETSEL DOOR DE WERKGEVER NAAR DUIJS RECHT

hiervan echter geen voorbeelden te vinden. Dit is ook verklaarbaar, nu er, vanwege de uitsluiting van aansprakelijkheid in § 104 SGB, überhaupt nauwelijks rechtspraak bestaat over mogelijke aansprakelijkheid van de werkgever voor werkgerelateerd letsel.

Om dezelfde reden kan ook weinig gezegd worden over de leerstukken toerekening en eigen schuld. § 254 BGB bepaalt dat het bestaan en de omvang van een verplichting tot vergoeding van schade mede afhangt van de vraag in hoeverre de benadeelde partij eigen schuld treft ten aanzien van de schadeveroorzakende gebeurtenis. Specifiek in het arbeidsovereenkomstenrecht geldt dat de vraag in hoeverre eigen schuld van een werknemer aan het ontstaan van schade mag worden meegewogen, moet worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval.³³ Daarbij moet worden nagegaan of de aard van het werk het in grotere mate waarschijnlijk maakt dat een bepaalde fout wordt gemaakt of een bepaalde schade wordt veroorzaakt. Ook is van belang in hoeverre er, gelet op het salaris van de werknemer, sprake is van een voor hem onevenredig groot risico. Deze uitgangspunten worden, vanwege de uitsluiting van aansprakelijkheid voor letsel, met name toegepast waar het gaat om de aansprakelijkheid van de werknemer voor zaakschade. Uitspraken waarin deze regels inzake eigen schuld zijn toegepast in een geval van werkgerelateerde letsel schade zijn tot dusver, voor zover mij bekend, niet gedaan.

8.3.2 Vergoeding van psychisch letsel op grond van § 618 BGB

Vanwege het gebrek aan rechtspraak over aansprakelijkheid op grond van § 618 BGB, hetgeen weer het gevolg is van de uitsluiting van aansprakelijkheid van de werkgever in § 104 SGB, is de vraag in hoeverre § 618 BGB strekt tot bescherming tegen psychisch letsel tot dusver grotendeels onbeantwoord gebleven. In het verleden – in 1967 en 1970 – zijn door het *Bundesarbeitsgericht* wel twee uitspraken gedaan, overigens in dezelfde zaak, waarin aansprakelijkheid van de werkgever op grond van § 618 BGB is aangenomen voor de psychische – en fysieke – gevolgen van overbelasting van een werknemer.³⁴ Kennelijk is toen in elk geval aangenomen dat § 618 BGB mede de strekking heeft om te beschermen tegen letsel als gevolg van overbelasting. In de literatuur is dit standpunt nog steeds terug te vinden. Daarin wordt namelijk, onder verwijzing naar deze uitspraken van het *Bundesarbeitsgericht*, opgemerkt dat een werkgever op grond van § 618 BGB gehouden is om overbelasting van een werknemer te voorkomen. Ook wordt als uitgangspunt aanvaard dat een werkgever bij de toewijzing van werk rekening moet houden met hem bekende kwetsbaarheden van een werknemer, zoals een

33 BAG, NJW 1995, 210; BGH, NJW 1996, 1532.

34 BAG 13.3.1967, NJW 1967, 1631 en BAG 27.2.1970, AP nr. 16 zu § 618 BGB. De tweede uitspraak van het BAG heeft met name betrekking op bewijsrechtelijke aspecten. De uitspraken zullen nader worden besproken in § 13.4.4.

HOOFDSTUK 8

bepaalde ziekte.³⁵ Gelet hierop en ook op de in de vorige paragraaf genoemde uitspraak waarin een werkgever aansprakelijk werd gehouden voor de gezondheidsschade die een werknemster door het roken van haar collega's had opgelopen, kan geconcludeerd worden dat § 618 BGB een rol kan spelen als grondslag voor de vergoeding van psychisch letsel in die gevallen waarin het letsel niet te herleiden is tot een arbeidsongeval of beroepsziekte in de zin van het SGB.

In de literatuur en rechtspraak wordt in dit soort situaties, waarin dus wel sprake is van letsel schade maar niet van een arbeidsongeval of beroepsziekte als bedoeld in het SGB, echter niet zozeer gerefereerd aan § 618 BGB als wel aan de aan de *Fürsorgepflicht* van de werkgever en aan diens verplichting om het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer te respecteren.³⁶ Zo wordt de verplichting van de werkgever om gezondheidsschade als gevolg van pesten te voorkomen en te bestrijden algemeen beschouwd als voortvloeiende uit de *Fürsorgepflicht* van de werkgever c.q. uit zijn verplichting uit hoofde van de Grondwet om de persoonlijkheid van de werknemer te beschermen.³⁷ Hetzelfde geldt voor de verplichting van de werkgever om seksuele intimidatie tegen te gaan.³⁸ In de rechtspraak is bovendien aangenomen dat het in strijd is met het recht op respect voor de menselijke waarde/de persoonlijkheid van de werknemer om van hem een onmogelijke arbeidsprestatie te verlangen.³⁹

Er zijn echter ook wel schrijvers die dit soort verplichtingen van de werkgever – ten aanzien van pesten, seksuele intimidatie en het niet verlangen van een onmogelijke arbeidsprestatie – niet alleen aanmerken als verplichtingen die voortvloeien uit de *Fürsorgepflicht* van de werkgever, maar ook als verplichtingen

35 *Erfurter Kommentar* 2001, p. 1581.

36 Zoals reeds is aangestipt in § 8.1 vallen de *Fürsorgepflicht* van de werkgever en diens verplichting, uit hoofde van de Grondwet, om het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer te beschermen in die zin samen dat de werkgever deze tweede verplichting ook heeft uit hoofde van zijn *Fürsorgepflicht*. Inhoudelijk is er dus geen verschil tussen de *Fürsorgepflicht* voor zover die ertoe strekt dat de werkgever de persoonlijkheid van de werknemer moet respecteren en de buitencontractuele verplichting van de werkgever hiertoe.

37 Zie LAG Thüringen 15.2.2001, NZA-RR 2001, 577 en DB 2001, 1783; LAG Thüringen 10.4.2001, NZA-RR 2001, 347 en DB 2001, 1204; LAG Rheinland-Pfalz 16.8.2001, NZA-RR 2002, 121 en verder onder meer Däubler, *Betriebs-Berater* 1995, p. 1347-1351; B. Grunewald, "Mobbing-arbeitsrechtliche Aspekte eines neuen Phänomens", NZA 1993, p. 1071-1073; R. Haller und U. Koch, "Mobbing-Rechtsschutz im Krieg am Arbeitsplatz", NZA 1995, p. 356-360; G. Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch*, München 1996, p. 921-934; P. Wickler, "Wertorientierungen in Unternehmen und gerichtlicher Mobbingschutz", *Der Betrieb* 2002, p. 477-484.

38 *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, München 2001, p. 1436; Schaub, 1996, p. 1397-1400.

39 BAG 26.11.1980, AP nr. 6 zu § 17 BAT; BAG 24.2.1982, NJW 1982, 2140.

VERGOEDING VAN PSYCHISCH LETSEL DOOR DE WERKGEVER NAAR DUIITS RECHT

in de zin van § 618 BGB.⁴⁰ Volgens hen kan in geval van pesten, seksuele intimidatie, overbelasting en dergelijke zowel een beroep gedaan worden op de *Fürsorgepflicht* van de werkgever als op § 618 BGB. § 618 BGB moet naar de mening van deze schrijvers gezien worden als een meer specifieke uitwerking van de algemene *Fürsorgepflicht* met betrekking tot de bescherming van leven en gezondheid van de werknemer. Het praktisch belang van deze discussie is overigens gering omdat het in processueel opzicht vrijwel geen verschil maakt of een beroep op de *Fürsorgepflicht* van de werkgever wordt gedaan of op § 618 BGB.⁴¹ De verdeling van de bewijslast en de invulling van leerstukken als toerekening en eigen schuld zijn in beide gevallen hetzelfde. Het enige verschil is dat de voorwaarden voor toekenning van smartengeld iets verschillen. Wordt de aansprakelijkheid van de werkgever gebaseerd op schending van zijn buitencontractuele verplichting om het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer te beschermen, dan bestaat recht op smartengeld als sprake is van een ernstige en verwijtbare inbreuk op het persoonlijkheidsrecht die niet op andere wijze dan door smartengeld kan worden goed gemaakt.⁴² Wordt de aansprakelijkheid van de werkgever gebaseerd op schending van zijn *Fürsorgepflicht* en/of van zijn verplichting uit hoofde van § 618 BGB, dan is vereist dat sprake is van gezondheidsschade of van een inbreuk op de vrijheid of seksuele integriteit van de werknemer.⁴³ Het is echter de vraag of er in de praktijk veel verschil zal zijn tussen een ernstige en verwijtbare inbreuk enerzijds en gezondheidsschade, een inbreuk op de vrijheid of seksuele integriteit anderzijds.⁴⁴ Een inbreuk op de vrijheid van een werknemer als hier bedoeld zal al snel ook een inbreuk op zijn persoonlijkheidsrecht zijn en vice versa.

Samenvattend: In theorie kan § 618 BGB heel wel dienen als basis voor aansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel dat niet te herleiden is tot een arbeidsongeval of beroepsziekte in de zin van het SGB. In de praktijk lijkt in dit soort gevallen echter vooral gebruik te worden gemaakt van de meer algemene

40 Vgl. de brochure van het Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, *Mobbing am Arbeitsplatz*, <http://www.bmwa.bund.de/Navigation/Arbeit/Arbeitsrecht/mobbing,did=20670.html>, punt 5, 31 augustus 2004. Zie ook H. Spamer, *Mobbing am Arbeitsplatz*, diss. Frankfurt am Main 2000, p. 140 e.v.

41 In dit opzicht bestaat een verschil met het Nederlandse recht waarin het wel verschil maakt of een beroep wordt gedaan op de meer specifieke zorgplicht van de werkgever ten aanzien van de veiligheid en de gezondheid van de werknemer – art. 7:658 BW – of op de meer algemene verplichting inzake het goed werkgeverschap – art. 7:611 BW. Zie hierover § 3.2.

42 J.H. Kern, “Schmerzensgeld in Arbeitsrecht – Was kostet ein “Tritt ins Gesäß”?, NZA 2000, p. 125. BAG 14.3.1989, NZA 1990, 24; BAG 5.3.1996, NZA 1996, 751; BAG 18.2.1999, NJW 1999, 1988.

43 § 253 BGB.

44 Hierover valt nog niet veel te zeggen, gelet op het feit dat de regeling inzake de betaling van smartengeld bij wanprestatie eerst in augustus 2002 is gewijzigd.

HOOFDSTUK 8

Fürsorgepflicht van de werkgever en van zijn buitencontractuele verplichting om de persoonlijkheid van de werknemer te beschermen. Reden hiervoor lijkt vooral te zijn dat het soort verplichtingen ter voorkoming van geestelijk letsel waarover in dit opzicht wordt gesproken – verplichtingen ter voorkoming en bestrijding van pesten en seksuele intimidatie, de verplichting om geen onmogelijke arbeidsprestatie van een werknemer te verlangen – in het Duitse recht niet primair worden gezien als liggend op het vlak van de bescherming tegen gezondheidsschade, maar vooral worden aangemerkt als voortvloeiend uit het grondrecht van de werknemer (en iedere burger) op bescherming van zijn persoonlijkheid.

8.4 Vergoeding van psychisch letsel wegens schending door de werkgever van zijn *Fürsorgepflicht* en/of het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer

8.4.1 Algemene aspecten

De *Fürsorgepflicht* en het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer zijn hiervoor al aan de orde gekomen. De *Fürsorgepflicht* is daarbij beschreven als een contractuele verplichting die vergelijkbaar is met de verplichting inzake het goed werkgeverschap naar Nederlands recht.⁴⁵ De *Fürsorgepflicht* verplicht de werkgever om op zorgvuldige wijze om te gaan met de belangen van de werknemer. Toepassing ervan komt vooral aan de orde in gevallen waarin geen beroep kan worden gedaan op een meer specifieke regeling.⁴⁶ Schending van de *Fürsorgepflicht* levert een toerekenbare tekortkoming op in de nakoming van de arbeidsovereenkomst en kan als zodanig de basis vormen voor aansprakelijkheid van de werkgever voor materiële en immateriële schade van de werknemer. Voor het recht op vergoeding van immateriële schade is daarnaast nog vereist dat sprake is van gezondheidsschade of van een inbreuk op de vrijheid of seksuele integriteit van de werknemer.⁴⁷ De immateriële schade moet voorts van een zekere ernst en duur zijn. Bagatelschades komen niet voor vergoeding in aanmerking.⁴⁸ Het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer vloeit, zoals al eerder opgemerkt, voort uit het grondwettelijke recht van een ieder op respect voor de menselijke waardigheid en op de ontwikkeling van de persoonlijkheid.⁴⁹ Door het *Bundesgerichtshof* is in 1954 geoordeeld dat dit recht op behoud van de mense-

45 Zie § 8.1.

46 M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Deventer 1999, p. 53-55.

47 § 253 BGB.

48 § 253 lid 2 BGB: "(...) kann (...) eine Billige Entschädigung in Geld gefördert werden, wenn (...) 2. der Schaden unter Berücksichtigung seiner Art und Dauer nicht unerheblich ist."

49 Uit art. 2 I juncto art. 1 I van de Duitse Grondwet.

VERGOEDING VAN PSYCHISCH LETSEL DOOR DE WERKGEVER NAAR DUIJS RECHT

lijke waarde en op de vrije ontplooiing van de persoonlijkheid ook horizontale werking heeft.⁵⁰ Derhalve geldt het ook in de relatie tussen werkgever en werknemer. Sinds 1988 volgt dit ook uit § 75 II *Betriebsverfassungsgesetz*,⁵¹ waarin is bepaald dat de werkgever en de ondernemingsraad de vrije ontwikkeling van de persoonlijkheid van de in de onderneming werkzame personen moeten beschermen en bevorderen. Naast het algemene persoonlijkheidsrecht komen aan een werknemer ook meer specifieke persoonlijkheidsrechten toe, zoals het recht op gewetens- en meningsvrijheid en het recht op gelijke behandeling.⁵² Omdat deze rechten niet specifiek van belang zijn voor de vergoeding van psychisch letsel zal hierop verder niet worden ingegaan. Het algemeen persoonlijkheidsrecht is een recht dat aan iedere burger toekomt en niet een recht dat een werknemer heeft uit hoofde van zijn arbeidsovereenkomst. Praktisch gezien betekent dit dat de schending van het persoonlijkheidsrecht door de werkgever niet in het kader wordt gezet van een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst, maar in dat van de buitencontractuele onrechtmatige daad.⁵³ Schending van het persoonlijkheidsrecht geeft, mits aan de relevante vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan, recht op schadevergoeding. Met betrekking tot immateriële schade bestaat dit recht alleen, zo is in de rechtspraak beslist, indien de aantasting van het persoonlijkheidsrecht kan worden aangemerkt als een ernstige en verwijtbare inbreuk die niet op een andere wijze dan door smartengeld kan worden goed gemaakt.⁵⁴ Vereist is dat:

50 BGHZ 13, 334. Zie ook Schaub, 1996, p. 932.

51 Deze wet bevat een regeling voor medezeggenschap naar Duits recht.

52 Zie Däubler 1998, p. 287.

53 Als bedoeld in § 823 I BGB.

54 Aanvankelijk gaf schending van het persoonlijkheidsrecht alleen recht op smartengeld als sprake was van schade aan het lichaam en de gezondheid, vrijheidsontneming en in geval een vrouw tot bepaalde onzedelijke handelingen gedwongen werd, dit omdat alleen deze situaties werden genoemd in § 847 BGB, het artikel waarin de voorwaarden voor het recht op smartengeld waren neergelegd. Het *Bundesgerichtshof* heeft in 1961 echter geoordeeld dat, in geval van schending van het persoonlijkheidsrecht, ook recht bestaat op een vergoeding voor immateriële schade in situaties die niet in § 847 BGB worden genoemd (BGH 19.9.1961, BGHZ 35, 363, 369, Ginseng-Wurzeln). Inmiddels is § 847 BGB vervangen door § 253 BGB, dat recht geeft op smartengeld in geval van een inbreuk op de gezondheid, veiligheid en seksuele integriteit. Het recht op vergoeding van immateriële schade wegens schending van het persoonlijkheidsrecht blijft echter, blijkens de Memorie van toelichting bij de wijziging van § 253 BGB, gebaseerd op de rechtspraak. Zie MvT *Zweites Gesetz zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften*, Regierungsentwurf d.d. 24 september 2001, <http://www.bmj.de/media/archive/274.pdf>, 31 augustus 2004. Zie over de wetswijziging Deutsch, ZRP 2001, p. 351-354 en Heutger, AV&S 2002, p. 19-21.

HOOFDSTUK 8

“es sich um einen schweren rechtswidrigen und schuldhaften Eingriff in das Persönlichkeitsrechts handelt, die Schwere des Eingriffs nach Grad des Verschuldens, Art und Schwere der Beeinträchtigung sowie Anlaß, und Beweggrund des Handelns ein Genugtuung durch Zubilligung eines Schmerzensgeldes erfordert und die Persönlichkeitsverletzung nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden kann.”⁵⁵

Het tweede vereiste, dat er geen andere manier is om de aantasting van het persoonlijkheidsrecht te herstellen, vloeit voort uit het feit dat uitgangspunt van het Duitse recht niet het toekennen van schadevergoeding is, maar herstel van de veroorzaakte schade.⁵⁶ Waar het gaat om een aantasting van de menselijke waarde, het recht op zelfontplooiing of gezondheidsschade lijkt het echter moeilijk, zo niet onmogelijk, om een reeds gemaakte aantasting terug te draaien, zodat daarbij het toekennen van smartengeld meer voor de hand ligt dan herstel in de oude toestand.

De hoogte van het smartengeld in geval van een inbreuk op het persoonlijkheidsrecht van een werknemer wordt bepaald aan de hand van factoren als de ernst van het geestelijk leed, de mate van schuld van de werkgever, de aanleiding voor de inbreuk en de overige omstandigheden van het geval. In de regel wordt niet uitgesplitst hoeveel waarde aan een bepaalde factor wordt gehecht, maar wordt in één adem gesproken over:

“der Schmerzen im Geistigen, das Maß der Schuld, der Anlaß und die Begleitumstände der Verletzungshandlung.”⁵⁷

Vanwege de horizontale werking van het algemeen persoonlijkheidsrecht komt aan dit recht ook gelding toe in de relatie tussen werkgever en werknemer. Het persoonlijkheidsrecht werkt echter, zoals gezegd, ook door in de arbeidsovereenkomst middels de *Fürsorgepflicht* van de werkgever. Een werknemer kan zich daarom zowel beroepen op de *Fürsorgepflicht* van de werkgever als op de verplichting van de werkgever, zoals die voortvloeit uit de Grondwet, om zijn algemeen persoonlijkheidsrecht te beschermen. Inhoudelijk is er geen verschil tussen beide verplichtingen. Er is alleen een gering verschil waar het gaat om de vereisten voor het recht op vergoeding van immateriële schade.⁵⁸

55 Kern, 2000, p. 125. BAG 14.3.1989, NZA 1990, 24; BAG 5.3.1996, NZA 1996, 751; BAG 18.2.1999, NJW 1999, 1988.

56 Zie § 249 BGB.

57 Zie Chr. von Bar, “Schmerzensgeld und gesellschaftliche Stellung des Opfers bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechtes”, NJW 1980, p. 1725.

58 Zie hierover § 8.3.2.

8.4.2 Vergoeding van psychisch letsel op grond van de *Fürsorgepflicht* respectievelijk het algemeen persoonlijkheidsrecht

In rechtspraak en literatuur wordt aangenomen dat het algemeen persoonlijkheidsrecht en de *Fürsorgepflicht* mede betrekking hebben op het geestelijk welzijn van de werknemer op de werkplek. Deze strekking is ook uitgewerkt in wettelijke bepalingen. Zo bepaalt § 75 II van het *Betriebsverfassungsgesetz* dat de werkgever⁵⁹ de vrije ontwikkeling van de werknemers in het bedrijf moet beschermen en bevorderen. De artikelen 3, 4 en 5 van het *Arbeitsschutzgesetz*, dat weer berust op § 617 tot en met § 619 BGB, bepalen dat de werkgever een zorgplicht heeft voor de zekerheid en gezondheid van de werknemers in zijn onderneming. Deze zorgplicht houdt onder meer in dat de werknemers de mogelijkheid moeten hebben om sociale betrekkingen aan te knopen. Ook hieruit kan een zorgplicht voor het psychisch welzijn van de werknemer worden afgeleid. Specifiek ten aanzien van seksuele intimidatie bepaalt het *Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz* (kort: het *Beschäftigtenschutzgesetz*)⁶⁰ dat de werkgever maatregelen moet nemen ter voorkoming van seksuele intimidatie en ter voorkoming van voortdurende ervan als deze al heeft plaatsgevonden.⁶¹ Schending van deze verplichtingen levert steeds een schending van de *Fürsorgepflicht* op van de werkgever en kan daarnaast een schending van het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer vormen. Hiernaast wordt in de literatuur meer in het algemeen aangenomen dat het persoonlijkheidsrecht en de *Fürsorgepflicht* de werkgever verplichten om zich te onthouden van bepaalde handelingen die het psychisch welzijn van de werknemer aantasten en om zo mogelijk dit welzijn te bevorderen. Thees spreekt in dit opzicht van het algemeen persoonlijkheidsrecht als:

“leitende Wertvorstellung bei der Bewertung von Interessen und der damit verbundenen Zuerkennung von Rechten,”⁶²

terwijl Wiese reeds in 1971 opmerkte dat in het arbeidsrecht “*immer mehr das Bedürfnis nach einem Schutz der ideellen Interessen des Arbeitnehmer*” wordt benadrukt.⁶³ De *Fürsorgepflicht* en de verplichting om het persoonlijkheidsrecht van de

59 Ook de *Betriebsrat* dient dit te doen.

60 Art. 10 im Gesetz zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern (Zweites Gleichberechtigungsgesetz – 2. GlBG) vom 24.6.1994, BGBl. I S. 1406. Zie hierover G. Linde, “Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz”, *Betriebs-Berater* 1994, p. 2412-2417 en M. Worzalla, “Das Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis”, *NZA* 1994, p. 1016-1021.

61 Deze verplichting is vergelijkbaar met art. 4 lid 2 Arbwet.

62 Thees, diss. 1995, p. 24.

63 G. Wiese, “Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber”, *ZfA* 1971, p. 274 en 279.

HOOFDSTUK 8

werknemer te respecteren zijn in dit opzicht vergelijkbaar met de norm van het goed werkgeverschap in Nederland en de *duty of mutual trust and confidence* in het Engelse recht, welke normen eveneens zowel een negatieve (in de zin van het zich onthouden van inbreuken) als een positieve verplichting omvatten met betrekking tot het geestelijk welzijn van werknemers.

In de rechtspraak is een aantal keren beslist dat discriminatie van een werknemer een aantasting van diens persoon oplevert en daarmee recht geeft op schadevergoeding.⁶⁴ Verder is een inbreuk op het algemeen persoonlijkheidsrecht van een zieke werknemster aangenomen in een zaak waarin in een personeelsblad diverse beschuldigingen jegens haar werden geuit.⁶⁵ Een persoonsaantasting vormde ook de trap tegen het achterwerk, die een werknemster van haar chef kreeg, met als gevolg dat zij een stuitbeenfractuur opliep.⁶⁶ Het *Bundesarbeitsgerichts* (BAG) oordeelde voorts dat er ook sprake kan zijn van aantasting van het persoonlijkheidsrecht indien van een werknemer een onmogelijke arbeidsprestatie wordt verlangd.⁶⁷

Een belangrijke ontwikkeling is dat in de rechtspraak sinds enkele jaren wordt aangenomen dat een werkgever uit hoofde van zijn verplichting om de persoonlijkheid van de werknemer te respecteren, gehouden is om pesten op de werkvloer te voorkomen en te bestrijden. Doet hij dit niet en lijdt de werknemer daardoor gezondheidsschade, dan is de werkgever hiervoor in beginsel aansprakelijk.⁶⁸ In § 15.3.7 zal inhoudelijk op deze rechtspraak worden ingegaan. Uitgangspunt is in elk geval dat de werknemer zowel moet bewijzen dat hij gepest is als dat zijn schade daarvan het gevolg is. In de rechtspraak is echter geoordeeld dat er grond is voor bewijslastverlichting indien de werknemer aantoonst dat er sprake is van gezondheidsschade die typerend is voor pesten. Is dat het geval, dan is dat een belangrijke aanwijzing dat de stellingen van de werknemer over het pesten juist zijn. Staat vast dat de werknemer is gepest en is er tevens sprake van gezondheidsschade, dan is het aan de werkgever om te bewijzen dat de gezondheidsschade van de werknemer niet door het pesten is veroorzaakt. In dat geval wordt de bewijslast ten aanzien van het causaal verband tussen pesten en schade dus omgekeerd en op de werkgever gelegd.⁶⁹ Een dergelijke omkering van de bewijslast is vergelijkbaar met de omkering van de bewijslast ten aanzien van het causaal verband tussen normschending en letsel in de zin van artikel 7:658 BW,

64 BAG 14.3.1989, NZA 1990, 21; BAG 14.3.1989, NZA 1990, 24; BAG 5.3.1996, NZA 1996, 751.

65 BAG 18.2.1999, NJW 1999, 1988.

66 LAG Düsseldorf 27.5.1998, *Betriebs-Berater* 1998, 1694.

67 BAG 26.11.1980, AP nr. 6 zu § 17 BAT. Zie ook Thees, diss. 1995, p. 274-275.

68 LAG Thüringen 15.2.2001, NZA-RR 2001, 577 en DB 2001, 1783; LAG Thüringen 10.4.2001, NZA-RR 2001, 347 en DB 2001, 1204; LAG Rheinland-Pfalz 16.8.2001, NZA-RR 2002, 121; AG Dresden 9.7.2003, 5 CA 5954/02.

69 LAG Thüringen 15.2.2001, *Leitsätze* nr. 9. Zie ook Wickler, DB 2002, p. 482.

VERGOEDING VAN PSYCHISCH LETSEL DOOR DE WERKGEVER NAAR DUIJS RECHT

indien eenmaal vaststaat dat een verplichting als bedoeld in dat artikel niet is nagekomen en daardoor het risico op de ontstane schade is vergroot.⁷⁰

Uitgangspunt bij de aansprakelijkheid van de werkgever wegens schending van zijn *Fürsorgepflicht* en/of van zijn verplichting om het persoonlijkheidsrecht van de werknemer te beschermen, is dat de schade, zowel materiële als immateriële, volledig vergoed moet worden.⁷¹ Het gewone aansprakelijkheidsrecht is van toepassing op een dergelijke vordering en daarin geldt als hoofdregel dat het slachtoffer zoveel mogelijk in de positie moet worden gebracht als waarin hij verkeerd zou hebben als hem geen schade was toegebracht.⁷² Toepassing van dit uitgangspunt in het arbeidsrecht kan echter tot gevolg hebben dat een werknemer die schade lijdt als gevolg van pesten zich in een betere positie bevindt dan een werknemer die een 'klassiek' arbeidsongeval overkomt. De laatste is immers aangewezen op een uitkering krachtens het SGB, die lager is dan zijn salaris was, en kan geen vergoeding krijgen van immateriële schade, terwijl de eerste in beginsel aanspraak kan maken op volledige schadevergoeding. Wel is de bewijslast voor de werknemer die zich op de *Fürsorgepflicht*/het algemeen persoonlijkheidsrecht beroept zwaarder dan de werknemer die een uitkering krachtens het SGB aanvraagt. De tweede hoeft alleen aan te tonen dat hem een arbeidsongeval is overkomen of dat hij een beroepsziekte heeft opgelopen en niet tevens dat zijn werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen, terwijl de eerste moet bewijzen dat hij letselschade heeft geleden als gevolg van schending door zijn werkgever van zijn persoonlijkheidsrecht/*Fürsorgepflicht*.

In de rechtspraak en literatuur is nog geen aandacht besteed aan ongelijke behandeling van werknemers aan wie alleen een beroep op het SGB toekomt en werknemers die buiten het SGB om volledige schadevergoeding kunnen vorderen wegens werkgerelateerd letsel. De reden daarvan is waarschijnlijk dat de aansprakelijkheid van de werkgever voor schade als gevolg van aantasting van het persoonlijkheidsrecht van de werknemer tot dusver is beschouwd als een geheel ander terrein dan de vergoeding van letselschade door een arbeidsongeval of beroepsziekte. Waar het gaat om psychische ziekten groeien beide terreinen echter naar elkaar toe omdat daarbij zowel sprake kan zijn van letselschade alsook van een aantasting van het persoonlijkheidsrecht van een werknemer. Bij fysieke ziekten is dit minder snel het geval, omdat daarbij het letsel-aspect veel meer voorop staat dan het grondrechtelijke aspect.

70 Zie § 3.53 en § 3.5.4.

71 LAG Rheinland-Pfalz 16.8.2001, NZA-RR 2002, 121; AG Dresden 9.7.2003, 5 CA 5954/02.

72 Vgl. o.a. Küppersbusch, 1996, p. 5-6.

HOOFDSTUK 8

8.5 Kwalitatieve aansprakelijkheid voor psychisch letsel*8.5.1 Kwalitatieve aansprakelijkheid: algemene aspecten*

Ook het Duitse recht kent een kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor onrechtmatige gedragingen van zijn werknemers. Deze is neergelegd in § 831 BGB. Dit artikel bepaalt dat de werkgever (*Geschäftsherr*) aansprakelijk is voor schade die door één van zijn werknemers (*Verrichtungsgehilfen*) aan derden is toegebracht, tenzij hij bewijst dat hem geen verwijt kan worden gemaakt. Een dergelijk verwijt kan niet worden gemaakt als de werkgever aantoont dat hij bij de aanstelling van ondergeschikten, het gebruik van materiaal en gereedschappen en bij de leiding en het toezicht over de uitvoering van het werk de in het verkeer vereiste zorgvuldigheid in acht heeft genomen, en evenmin, in het geval hij niet aan deze bewijslast kan voldoen, als hij aantoont dat de schade ook zou zijn ontstaan als hij bij de keuze en het toezicht wel de vereiste zorgvuldigheid in acht zou hebben genomen.⁷³ Zoals eerder gezegd is dit artikel voor de aansprakelijkheid van de werkgever voor letselschade van werknemers niet of nauwelijks van belang, omdat de aansprakelijkheid van zowel de werkgevers als van collega-werknemers in § 104 SGB VII is uitgesloten.⁷⁴

Het Duitse recht kent, naast de kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever op grond van § 831 BGB, ook nog een andere vorm van kwalitatieve aansprakelijkheid, die wordt aangeduid als *Organisationsverschulden*. Deze vorm van aansprakelijkheid volgt uit § 823 BGB en houdt in dat de werkgever aansprakelijk is voor schade die door één van zijn werknemers is toegebracht indien de werkgever heeft nagelaten:

“den Ablauf der Betriebsvorgänge und die Tätigkeit des Personals durch geeignete organisatorische Vorkehrungen so einzurichten und zu überwachen, wie das zur Vermeidung von Schädigungen Dritter nach Sachlage geboten ist.”⁷⁵

Tot slot is in de rechtspraak nog een specifieke vorm van kwalitatieve aansprakelijkheid van rechtspersonen ontwikkeld, inhoudende dat een werkgever die rechtspersoon is, aansprakelijk is voor schade als gevolg van onzorgvuldig han-

73 § 831 I, 2. Zie over dit artikel onder meer J.W. Hoekzema, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad* (diss. Groningen), 2000, p. 37-39; F. Nieper en W.H. van Boom, “Overzicht van het Duitse aansprakelijkheidsrecht voor de jaren 1995 en 1996”, *A&V* 1998, p. 30.

74 Zie § 8.2.1. De uitsluiting van aansprakelijkheid geldt niet voor door werknemers aan derden toegebrachte schade. Hierop is § 831 BGB wel van toepassing.

75 H. Kötz, *Deliktsrecht*, 1998, nr. 292. Zie ook BGH 13.5.1955, *BGHZ* 17, 214; BGH 20.4.1971, *NJW* 1971, 1313.

delen van bestuursleden en van andere personen die verantwoordelijke functies vervullen binnen de onderneming.⁷⁶

8.5.2 *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor psychisch letsel*

Voor de aansprakelijkheid voor psychisch letsel, in het bijzonder psychisch letsel als gevolg van pesten, is vooral de tweede vorm van de hierboven omschreven vormen van kwalitatieve aansprakelijkheid van belang, namelijk het *Organisationsverschulden*. In de rechtspraak over de aansprakelijkheid van de werkgever voor *Mobbing* is namelijk geoordeeld dat een werkgever zijn onderneming zodanig moet organiseren dat zijn werknemers niet aan pesten worden blootgesteld.⁷⁷ Dit houdt onder meer in dat een werkgever een beleid moet voeren waarvan uitgangspunt is dat in de onderneming niet gepest wordt en dat een werkgever, wie ter ore komt dat er gepest wordt, maatregelen moet nemen om hier een einde aan te maken. Doet hij dit niet, dan is hij voor de schade van de gepeste werknemer aansprakelijk. In de rechtspraak is geoordeeld dat het *Organisationsverschulden*, waar het gaat om de aansprakelijkheid voor pesten, een zekere omkering van de bewijslast met zich brengt. Staat vast dat een werknemer is gepest, dan wordt vermoed dat de werkgever zijn *Organisations- und Schutzpflichten* heeft geschonden. De werkgever kan dit vermoeden dan alleen weerleggen door aan te tonen dat hij passende maatregelen heeft genomen om het pesten tegen te gaan en deze ook heeft gehandhaafd. Toont een werknemer aan dat het pesten is doorgegaan terwijl de werkgever hier wel van op de hoogte was, dan moet de werkgever aantonen welke specifieke en bij de concrete situatie passende maatregelen hij heeft genomen om het pesten te stoppen.⁷⁸

Ten aanzien van andere vormen van psychisch letsel, bijvoorbeeld door overbelasting, seksuele intimidatie en/of het meemaken van een traumatische gebeurtenis op het werk, is noch in de rechtspraak noch in de literatuur uitgewerkt in hoeverre de werkgever hiervoor kwalitatief aansprakelijk kan zijn. Voor zover in deze gevallen sprake is van psychisch letsel als gevolg van een arbeidsongeval of beroepsziekte als bedoeld in het SGB, is de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever voor schade die door de ene werknemer aan de andere is toegebracht uitgesloten. Voor zover het psychisch letsel het gevolg is van schending

76 Om precies te zijn gaat het daarbij om die werknemers die "durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind." Vgl. BGH 30.10.1967, BGHZ 49, 19, 21.

77 Zie vooral de twee uitspraken van het LAG Thüringen 15.2.2001, NZA-RR 2001, 577 en DB 2001, 1783 en 10.4.2001, NZA-RR 2001, 347 en DB 2001, 1204. Zie voor bespreking hiervan § 14.3.7.

78 Zie LAG Thüringen 15.2.2001, NZA-RR 2001, 577 en DB 2001, 1783 en LAG Thüringen 10.4.2001, NZA-RR 2001, 347 en DB 2001, 1204. Zie voorts Wickler, *Der Betrieb* 2002, p. 483.

HOOFDSTUK 8

door de werkgever van zijn *Fürsorgepflicht* respectievelijk zijn verplichting om het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer te respecteren, is er mogelijk ruimte voor aansprakelijkheid uit hoofde van het *Organisationsverschulden* op vergelijkbare wijze als bij pesten.

8.6 Vergoeding van psychische ziekte in het ontslagrecht

8.6.1 Algemene aspecten

In het Duitse ontslagrecht wordt onderscheid gemaakt tussen ontslagen waarop het *Kündigungsschutzgesetz* van toepassing is en ontslagen waarbij dit niet het geval is. Is het *Kündigungsschutzgesetz* van toepassing, dan mag een werkgever alleen tot ontslag overgaan op één van de in de wet genoemde ontslaggronden. Doet hij dit niet, dan is het ontslag sociaal ongerechtvaardigd en daarmee nietig.⁷⁹ In dat geval wordt het ontslag geacht nimmer te hebben plaatsgevonden en moet de werkgever alsnog achterstallig loon voldoen. De rechter kan in een dergelijk geval geen schadevergoeding toekennen. De sanctie op een *sozial ungerechtfertigt* ontslag is nietigheid en niet schadeplichtigheid. Alleen de werknemer kan zich op het *Kündigungsschutzgesetz* beroepen; de werkgever niet.

Het *Kündigungsschutzgesetz* is vanaf 1 januari 2004 alleen van toepassing op ondernemingen met tien of meer werknemers.⁸⁰ Daarbij worden werknemers die minder dan 30 uur per week werken voor een ? meegeteld en werknemers die 30 uur of meer werken, maar niet voltijd, voor ?.⁸¹ Verder vallen werknemers die nog geen zes maanden bij een zelfde onderneming of groep van ondernemingen in dienst zijn, niet onder het *Kündigungsschutzgesetz*. In geval het *Kündigungsschutzgesetz* niet geldt, is het uitgangspunt dat een ontslag alleen dan niet geldig is als het in strijd is met een wettelijk verbod, de goede trouw of de goede zeden. Het ontslag is dan nietig; de werknemer krijgt geen recht op schadevergoeding. Een recht op schadevergoeding bestaat wel als een werknemer zelf ontslag neemt wegens een gewichtige reden die gelegen is in verwijtbaar gedrag van zijn werkgever.⁸² De werknemer kan in dat geval vergoeding van die schade vorderen die is ontstaan door de voortijdige beëindiging van het dienstverband. Om de

79 Zie A.T.J.M. Jacobs, *Inleiding tot het Duitse arbeidsrecht*, Arnhem 1993, in het bijzonder p. 121-123.

80 § 23 Abs. 1 KSchG. Tot 1 januari 2004 was de drempel vijf werknemers. Op ondernemingen waarin vóór 1 januari 2004 vijf of meer werknemers werkzaam waren, blijft, zolang deze vijf of meer werknemers in dienst blijven, het *Kündigungsschutzgesetz* van toepassing.

81 Zie W. Däubler, "Das Gesetz zur Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte", *NJW* 1999, p. 601-608. Däubler zet ook de wetwijzigingen op dit vlak op een rij.

82 § 628 II BGB.

VERGOEDING VAN PSYCHISCH LETSEL DOOR DE WERKGEVER NAAR DUIJS RECHT

omvang van de schade te bepalen moet nagegaan worden hoe de situatie was geweest als de werknemer niet 'gedwongen' was geweest ontslag te nemen. Het gaat daarbij met name om niet ontvangen salaris over de opzegtermijn en om eventuele andere betalingen die, als de arbeidsovereenkomst niet voortijdig was beëindigd, nog aan de werknemer betaald zouden zijn. Daarnaast kan een werknemer in deze situatie aanspraak maken op een *Abfindung*, een ontslagvergoeding, op dezelfde wijze als een werknemer die door zijn werkgever is ontslagen en wiens ontslag vervolgens in rechte nietig is verklaard.⁸³ Het idee hierachter is dat een werknemer niet in een slechtere of betere positie terecht moet komen doordat hij gedwongen wordt ontslag te nemen door het gedrag van zijn werkgever in plaats van dat hij door deze wordt ontslagen.

Wordt een werknemer door de werkgever ontslagen en wordt dit ontslag in rechte nietig verklaard,⁸⁴ dan kan ofwel de werknemer ofwel de werkgever dan wel kunnen beide partijen de rechter verzoeken om de arbeidsovereenkomst alsnog te ontbinden. Vraagt één partij ontbinding, dan kan dit in beginsel alleen wanneer omstandigheden die zich rondom het ontslag of daarna hebben voorgedaan verdere samenwerking tussen werkgever en werknemer onmogelijk hebben gemaakt. Vragen partijen gezamenlijk ontbinding, dan kan de rechter niet meer toetsen of ontbinding wel redelijk is, maar moet hij het verzoek toewijzen. In de praktijk treffen partijen ook in de situatie waarin nog niet vaststaat dat sprake is van een nietig ontslag – en ontbinding formeel gesproken dus niet aan de orde is – in veel gevallen een schikking, waarbij aan de werknemer een vergoeding wordt betaald in ruil voor het afzien van aanspraken op voortzetting van het dienstverband. Het voorlopig oordeel van de rechter over de gerechtvaardigheid van het ontslag vormt dan een belangrijke indicatie voor de hoogte van de ontslagvergoeding.⁸⁵

Als de rechter de arbeidsovereenkomst ontbindt, kan hij daarbij aan de werknemer een vergoeding (*Abfindung*) toekennen. Deze vergoeding is een tegemoetkoming in de materiële en immateriële schade die de werknemer lijdt als gevolg van het feit dat hij, ondanks dat het ontslag sociaal niet gerechtvaardigd was, toch zijn dienstverband verliest. Bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding moet de rechter acht slaan op de relevante omstandigheden van het geval. De belangrijkste factoren in dit verband zijn de lengte van het dienstverband en de leeftijd van de werknemer. Daarnaast kunnen van belang zijn de kansen op de arbeidsmarkt van de werknemer, zijn gezinssituatie, zijn gezondheidstoestand en

83 Zie o.a. LAG Hamm 12.6.1984, NZA 1985, 159 en *Erfurter Kommentar*, 2001, p. 1712.

84 Daarbij maakt het geen verschil of het gaat om een ontslag waarop het *Kündigungsschutzgesetz* wel of niet van toepassing is.

85 K. Hümmerich, "Die arbeitsgerichtliche Abfindung", NZA 1999, p. 343 en p. 344.

HOOFDSTUK 8

de mate waarin het ontslag sociaal ongerechtvaardigd was.⁸⁶ De vergoeding is aan een maximum gebonden afhankelijk van de leeftijd van de werknemer en de duur van zijn dienstverband.⁸⁷ Alle reguliere loonbestanddelen tellen mee. Als vuistregel wordt wel een bedrag van een half maandsalaris per dienstjaar gehanteerd.⁸⁸ De rechter is hier echter niet aan gebonden. Naar de heersende opvatting is normering van de ontslagvergoeding in strijd met de vrijheid van de rechter om tot een billijke regeling te komen in het individuele geval.⁸⁹ De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden met ingang van de dag waarop de arbeidsovereenkomst, indien het ontslag sociaal gerechtvaardigd was geweest, zou zijn geëindigd. Is er na die dag nog salaris betaald, dan wordt dit met de *Abfindung* verrekend.

In de praktijk komt het in circa 80% van het totaal aantal ontslagen niet tot een rechterlijke uitspraak, noch met betrekking tot terugkeer op het werk noch met betrekking tot betaling van een schadevergoeding. In deze gevallen treffen partijen, al dan niet op instigatie van de rechter, een schikking,⁹⁰ waarbij aan de werknemer een schadevergoeding wordt betaald in ruil voor het afzien van verdere aanspraken.⁹¹

8.6.2 Vergoeding van psychische ziekte in het ontslagrecht

In het Duitse recht kan een werknemer die ziek is geworden door verwijtbaar handelen van zijn werkgever, ontslag nemen en vervolgens aanspraak maken op de vergoeding van § 628 II BGB en eventueel ook op een (aanvullende) *Abfin-*

86 Zie over dit laatste element BAG AP 7 zu § 7 KSchG; AP 2 zu § 9 KSchG; LAG Düsseldorf, 29.11.1994 – BB 1995, 523; NZA 1995, 579. Zie ook meer in het algemeen Hümmerich, NZA 1999, p. 343-344.

87 Dit maximum is 12 maandsalarissen bij werknemers onder de 50, 15 maandsalarissen bij werknemers van 50 en ouder met een dienstverband van 15 jaar of langer, en 18 maandsalarissen bij werknemers van 55 jaar en ouder en een dienstverband van 20 jaar of langer. Zie Schaub, 1996, p. 1249.

88 Schaub, 1996, p. 1249. Zie ook Hümmerich, NZA 1999, p. 342.

89 *Erfurter Kommentar*, 2001, p. 2166.

90 A.T.J.M. Jacobs, 1993, p. 123, verwijst in dit opzicht naar een onderzoek uit 1981 door Falke, Höland, Rohde und Zimmermann, "Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland", *Forschungsbericht nr. 47 Arbeitsrecht*. Dit onderzoek wordt ook besproken door Däubler, 1998, p. 635. Zie verder Hümmerich, NZA 1999, p. 342-343. Deze stelt dat bij de *Arbeitsgerichten* ongeveer 60% van het totaal aantal ontslagzaken in een schikking eindigt en in hoger beroep bij de *Landesarbeitsgerichten* nog eens 41%.

91 Naast deze vergoeding kan een werknemer in bepaalde gevallen nog aanspraak maken op een vergoeding uit hoofde van een sociaal plan, § 112 e.v. *Betriebsverfassungsgesetz*. Als dit het geval is, is er in beginsel geen ruimte voor toekenning van een *Abfindung*. Vgl. *Erfurter Kommentar*, 2001, p. 2164.

VERGOEDING VAN PSYCHISCH LETSEL DOOR DE WERKGEVER NAAR DUIITS RECHT

dung. Komt inderdaad vast te staan dat het gedrag van de werkgever een gewichtige reden voor ontslagname vormde en ook dat voortzetting van het dienstverband niet meer in de rede ligt, dan zal de rechter in beginsel aan de werknemer een vergoeding toekennen. In die zin kan psychische ziekte van een werknemer dus, voor zover deze het gevolg is van verwijtbaar handelen van zijn werkgever, recht geven op een vergoeding. Deze regeling is enigszins vergelijkbaar met *constructive dismissal* naar Engels recht en met de ontbindingsprocedure naar Nederlands recht voor zover daarin een vergoeding wordt toegekend wegens verwijtbaar handelen van de werkgever waardoor ziekte is veroorzaakt. In alle drie de gevallen is in zekere zin sprake van foutaansprakelijkheid van de werkgever.⁹² Is een werknemer ziek geworden door het werk zonder dat tevens sprake is van verwijtbaar handelen van de werkgever, dan zal hij naar Duits recht in principe geen aanspraak kunnen maken op een ontslagvergoeding. Er is dan geen sprake van een gewichtige reden in de zin van § 628 II BGB omdat verwijtbaar handelen van de werkgever daarvoor een voorwaarde is.

Wordt een ontslag door de werkgever gegeven, dan kan een vergoeding worden toegekend als vast komt te staan dat het ontslag nietig is en vervolgens een ontbindingsprocedure plaatsvindt. Met betrekking tot (psychische) ziekte is in dit verband van belang dat het bestaan van ziekte een geldige ontslaggrond vormt in het Duitse recht. Dit is echter alleen het geval als de belangen van de werkgever bij het ontslag zwaarder wegen dan de belangen van de werknemer bij behoud van het dienstverband.⁹³ Een ontslag wegens ziekte kan derhalve nietig zijn als de belangenafweging in het voordeel van de werknemer uitvalt. In dat geval kan vervolgens een ontbindingsprocedure plaatsvinden waarin aan de werknemer een vergoeding wordt toegekend. In die zin kan het bestaan van psychische ziekte van invloed zijn op de uiteindelijk te verkrijgen ontslagvergoeding, zij het dat deze invloed nogal indirect is. Het bestaan van ziekte kan in elk geval van invloed zijn op de hoogte van een toe te kennen *Abfindung*, ongeacht de reden voor die toekenning. De gezondheidssituatie van een werknemer is namelijk één van de factoren waarmee de rechter rekening kan houden bij de vaststelling van de hoogte van een vergoeding. Een heel belangrijke factor is het overigens niet. Factoren als de mate waarin het ontslag aan één van beide partijen verwijtbaar is, de lengte van het dienstverband van de werknemer, zijn leeftijd en zijn salaris wegen zwaarder bij het bepalen van de hoogte van de *Abfindung* dan een eventuele ziekte.⁹⁴

92 Zie § 6.2.4 en § 7.6.3.

93 Zie onder meer BAG 12.3.1968 = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG; BAG AP Nr. 18 zu § 1 KSchG; BAG, Der Betrieb 1989, 2075; BAG 6.9.1989, NZA 1990, p. 305.

94 Zie over deze factoren Hümmelich, NZA 1999, p. 344-346.

HOOFDSTUK 8

8.7 Samenvatting

Een Duitse werknemer die psychisch ziek is geworden door het werk zal aanspraak kunnen maken op een uitkering krachtens het SGB als zijn ziekte aangemerkt kan worden als het gevolg van een arbeidsongeval of een beroepsziekte in de zin van het SGB. Het SGB is een vergoedingssysteem op no-fault basis. De werknemer behoeft alleen het causaal verband tussen werk en ziekte aan te tonen en niet tevens dat sprake is van tekortschieten door de werkgever. De kans dat een psychisch zieke werknemer aanspraak kan maken op een uitkering krachtens het SGB is echter niet groot, nu het bij een arbeidsongeval om een af te bakenen gebeurtenis moet gaan waarbij bovendien duidelijk moet zijn dat er een causale relatie is met het werk en het ongeval niet het gevolg is van karaktereigenschappen van de bewuste werknemer.⁹⁵ Psychische ziekten voldoen meestal niet aan die criteria. Beroepsziekten worden alleen als beroepsziekten in de zin van het SGB aangemerkt als zij op een lijst van erkende beroepsziekten staan of naar nieuwe medische inzichten op die lijst zouden moeten staan. Er zijn (nog) geen zuiver psychische ziekten die aan dit criterium voldoen. Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten als bedoeld in het SGB is in het SGB uitgesloten. De uitsluiting van aansprakelijkheid geldt niet alleen voor gedragingen van de werkgever zelf, maar ook voor door collega's toegebracht letsel. Een uitzondering geldt, in beide gevallen, voor letsel dat opzettelijk is veroorzaakt en voor bepaalde verkeersongevallen. Daarnaast is een beroep op civielrechtelijke aansprakelijkheid mogelijk in geval van ziekten die niet kunnen worden aangemerkt als een arbeidsongeval of beroepsziekte als bedoeld het SGB. Tot deze laatste categorie kunnen ook psychische ziekten behoren, zoals bijvoorbeeld ziekten als gevolg van overbelasting.

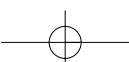
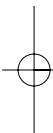
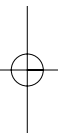
Meer soelaas voor een psychisch zieke werknemer dan een beroep op het SGB biedt een beroep op de algemene *Fürsorgepflicht* van de werkgever op of het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer in die gevallen waarin op dit recht inbreuk wordt gemaakt, zoals bij pesten en/of seksuele intimidatie. In de rechtspraak is beslist dat een werkgever op grond van zijn verplichting om de persoonlijkheid van de werknemer te respecteren, gehouden is om pesten en seksuele intimidatie te voorkomen en te bestrijden. In hoeverre dit ook geldt voor andere oorzaken van psychische ziekten, zoals bijvoorbeeld overbelasting of het op onzorgvuldige wijze doorvoeren van personeelsbeslissingen is nog niet duidelijk. De algemene *Fürsorgepflicht* is nader geconcretiseerd in § 618 BGB waar het de zorgplicht voor een veilige en gezonde werkomgeving betreft. De betekenis van dit artikel is echter gering vanwege de uitsluiting van aansprakelijkheid van de werkgever in het SGB. Alleen indien sprake is van een ziekte die niet kan worden aangemerkt als een beroepsziekte of arbeidsongeval in de zin van het SGB, is wellicht een beroep op § 618 BGB mogelijk. Tot dusver wordt in dat soort situ-

95 Zie uitgebreid § 8.2.2.

VERGOEDING VAN PSYCHISCH LETSEL DOOR DE WERKGEVER NAAR DUIITS RECHT

aties echter veelal teruggegrepen op de algemene *Fürsorgepflicht* van de werkgever of op het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer. Zowel bij schending van de *Fürsorgepflicht* als bij een inbreuk op het persoonlijkheidsrecht van een werknemer als bij schending van § 618 BGB is sprake van foutaansprakelijkheid van de werkgever. Het processuele regime is in alle drie de gevallen hetzelfde, met dien verstande dat de vereisten waaraan voldaan moet worden om aanspraak te kunnen maken op smartengeld iets verschillen al naar gelang er sprake is van schending van een contractuele verplichting (*Fürsorgepflicht* of § 618 BGB) of een buitencontractuele verplichting (algemeen persoonlijkheidsrecht). Kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor een arbeidsongeval of beroepsziekte als bedoeld in het SGB is in het SGB uitgesloten. Een werkgever kan wel kwalitatief aansprakelijk worden gehouden voor de gevolgen van pesten en seksuele intimidatie en wellicht ook voor andere vormen van letselschade waarop het SGB niet van toepassing is. Bij pesten en seksuele intimidatie is een beroep op het *Organisationsverschulden* mogelijk. Hierbij is sprake van een mengvorm van foutaansprakelijkheid en kwalitatieve aansprakelijkheid, waarbij de werkgever aansprakelijk is voor gedragingen van ondergeschikten tenzij hij kan aantonen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om deze gedragingen te voorkomen.

In het Duitse ontslagrecht kan een psychisch zieke werknemer ontslag nemen en aanspraak maken op een ontslagvergoeding indien zijn ziekte het gevolg is van verwijtbaar handelen of nalaten aan de zijde van de werkgever en deze verwijtbaarheid een gewichtige grond vormt voor ontslagname. Deze mogelijkheid bestaat niet als geen sprake is van verwijtbaarheid van de werkgever, omdat dan geen gewichtige reden aanwezig is. De werknemer kan in die gevallen alleen om ontbinding met toekenning van een vergoeding vragen als daaraan voorafgaand ontslag door de werkgever heeft plaatsgevonden en als dit ontslag door de rechter nietig is bevonden. Het bestaan van ziekte kan voorts één van de factoren zijn waarmee rekening wordt gehouden bij het vaststellen van de hoogte van een eventuele ontslagvergoeding.



9. Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever naar Amerikaans recht – *workers' compensation*, foutaansprakelijkheid, kwalitatieve aansprakelijkheid en ontslagrecht

9.1 Inleiding en plan van behandeling

Het recht in de Verenigde Staten is een mengvorm van federaal recht en het recht van de afzonderlijke staten. Een volledige beschrijving van het Amerikaanse recht zou een beschrijving zijn van het recht van alle staten en daarnaast van het federale recht. Vanwege de omvang daarvan is het niet zinvol dit in een boek als het onderhavige te doen. In dit hoofdstuk wordt daarom 'alleen' ingegaan op de belangrijkste grondslagen waarop psychisch letsel voor vergoeding in aanmerking kan komen in de Verenigde Staten. Daarbij wordt geen aanspraak gemaakt op volledigheid. De voorwaarden die in het Amerikaanse recht worden gesteld aan de vergoeding van werkgerelateerd psychisch letsel in een concreet geval komen in dit hoofdstuk niet aan de orde, maar zullen worden besproken in deel II van dit boek.

De belangrijkste grondslag voor de vergoeding van werkgerelateerd letsel wordt in alle Amerikaanse staten gevormd door de *workers' compensation systems*.¹ Dit zijn wettelijk verplichte ongevallenverzekeringen op grond waarvan werknemers die arbeidsongeschikt zijn geworden door een arbeidsongeval of beroepsziekte aanspraak kunnen maken op een uitkering en op vergoeding van hun medische kosten. De *workers' compensation systems* zijn te vergelijken met de verplichte wettelijke verzekering die is te vinden in het Duitse *Sozial Gesetzbuch* (SGB).² Ook de *workers' compensation systems* zijn no-fault vergoedingssystemen, dat wil zeggen dat een werknemer, teneinde een recht op uitkering geldend te maken, in beginsel alleen hoeft aan te tonen dat hij arbeidsongeschikt is geraakt als gevolg van een arbeidsongeval of beroepsziekte, en niet tevens dat zijn werkgever is tekort-

1 Een uitgebreide bespreking van de diverse *workers' compensation systems* in de Verenigde Staten is te vinden in (de korte versie van) het standaardwerk van Lex K. Larson and Arthur Larson, *Workers' Compensation Law: Cases, Materials and Text*, 3rd ed., New York 2000. Op p. 3 en 4 is een opsomming te vinden van de acht belangrijkste kenmerken van de Amerikaanse *workers' compensation systems*.

2 Zie § 8.2.1. Het Duitse systeem heeft model gestaan voor de Amerikaanse systemen. Duitsland was het eerste land waarin een collectieve ongevallenverzekering werd ingevoerd, in 1884. De eerste staat van Amerika volgde in 1909 en de laatste in 1949. Zie uitgebreid Larson and Larson, 2000, p. 21-28. Niettemin zijn er ook verschillen tussen het Duitse en de Amerikaanse systemen. Deze zullen, voor zover relevant, in § 9.1 en § 9.2.1 nader aan de orde komen.

HOOFDSTUK 9

geschoten in op hem rustende verplichtingen. Verder is ook in het Amerikaanse recht civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever voor letsel dat valt binnen de werkingssfeer van de ongevallenverzekeringen grotendeels uitgesloten. De premies voor de *workers' compensation systems* worden, evenals bij de SGB, opgebracht door de werkgever. De *workers' compensation systems* zijn echter, anders dan de SGB, geen zuiver collectieve verzekeringen. Kenmerkend voor het Amerikaanse stelsel is dat elke werkgever er voor dient te zorgen dat hij voldoende verzekeringspremies heeft betaald om de uitkeringen te kunnen betalen die aan zijn eigen arbeidsongeschikt geworden werknemers worden verstrekt.³ Verzuimt de werkgever een verzekering af te sluiten of om premies te betalen, dan kan de werknemer hem rechtstreeks aanspreken ter vergoeding van zijn schade. Anders dan in het Duitse recht wordt in de meeste Amerikaanse staten niet gewerkt met een limitatieve lijst van beroepsziekten. Psychische ziekten zijn daarom niet bij voorbaat uitgesloten van vergoeding onder de *workers' compensation* wetgeving. Psychische arbeidsongeschiktheid geeft echter ook niet zonder meer recht op een uitkering. In § 9.2 zullen de voorwaarden hiervoor nader toegelicht worden.

Niet alle werknemers in de Verenigde Staten vallen onder een *workers' compensation system*. Voor onder andere werknemers van nationale spoorwegmaatschappijen en werknemers in de scheepvaart geldt een wettelijke – federale – regeling voor de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Uitgangspunt van deze regeling is dat een werkgever alleen aansprakelijk is voor letsel van zijn werknemers indien hij tekort is geschoten in zijn zorgplicht voor het creëren van een veilige werkomgeving. De regeling gaat dus uit van foutaansprakelijkheid. In de rechtspraak is beslist dat werknemers op grond van deze wetgeving ook schadevergoeding kunnen vorderen voor psychisch letsel. In dat geval gelden echter wel aanvullende criteria. In § 9.3 zal hierop nader worden ingegaan.

Een andere grondslag voor foutaansprakelijkheid van de werkgever voor werkgerelateerd psychisch letsel kan, in voorkomende gevallen, gevonden worden in de *tort of intentional infliction of emotional distress*, hierna ook IIED. Deze mogelijkheid bestaat in die staten waarin in de *workers' compensation* wetgeving is bepaald dat de uitsluiting van aansprakelijkheid van de werkgever niet geldt voor opzettelijk toegebracht letsel⁴ of dat de werknemer in dat geval kan kiezen tussen een beroep op *tort* en *workers' compensation*.⁵ In andere staten bevat de wetgeving geen duidelijke regel op dit punt en is het aan de rechter om te beoordelen of de wor-

3 Larson and Larson, 2000, p. 3-13.

4 Bijvoorbeeld in Oregon, West Virginia en Arizona. Zie Larson and Larson, 2000, p. 546.

5 Vgl. Jane Byeff Korn, "The fungible woman and other myths of sexual harassment", 67 *Tulane Law Review*, p. 1379-1380 en noten 93 en 94.

kers' compensation wetgeving een beroep op IIED uitsluit.⁶ In § 9.4 zal de *tort of IIED* nader worden besproken.

In geval de psychische ziekte het gevolg is van discriminatie of intimidatie op een wettelijk verboden discriminatiegrond die wordt genoemd in Titel VII van de *Civil Rights Act*, kan schadevergoeding worden gevorderd uit hoofde van deze federale antidiscriminatiewetgeving. Een werkgever kan op grond van de *Civil Rights Act* zowel aansprakelijk worden gehouden wegens eigen tekortschieten als kwalitatief aansprakelijk voor gedragingen van zijn ondergeschikten. Aan deze wetgeving zal aandacht worden besteed in § 9.5.

Tot slot wordt nog besproken in hoeverre een werknemer met psychisch letsel hiervoor een vergoeding kan verkrijgen in een ontslagprocedure. Zoals in § 9.6 zal worden toegelicht, zijn de mogelijkheden hiervoor praktisch nihil.

9.2 Vergoeding van psychische ziekte op grond van de *workers' compensation* wetgeving

9.2.1 Algemene aspecten

Zoals gezegd zijn de Amerikaanse *workers' compensation* stelsels no-fault systemen. Voor het recht op uitkering van een werknemer is in principe niet bepalend of zijn werkgever al dan niet zorgvuldig heeft gehandeld en ook niet of de werknemer zelf schuld treft aan het ontstaan van zijn arbeidsongeschiktheid. Bepalend is (1) of de werknemer letsel heeft opgelopen als gevolg van een ongeval dat hem in de uitoefening van de werkzaamheden is overkomen of als gevolg van een beroepsziekte, en (2) of hij hierdoor geheel of gedeeltelijk arbeidsongeschikt is geraakt.⁷ Deze voorwaarden zijn vastgelegd in de wetgeving van iedere staat. Volgens Larson, de bekendste wetenschapper op het gebied van de *workers' compensation systems*,⁸ bevat de *typical workers' compensation act* in dit opzicht de volgende clausule:

"The basic operating principle is that an employee is automatically entitled to certain benefits whenever he or she suffers a "personal injury by accident arising out of and in the course of employment" or occupational disease."⁹

6 Zie David C. Yamada, "The Phenomenon of "Workplace Bullying" and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection", 88 *Georgetown Law Journal* 475, 2000.

7 Larson and Larson, 2000, p. 3. Zie ook Glenn M. Troost, "Workers' Compensation and Gradual Stress in the Workplace", 133 *University of Pennsylvania Law Review* 847, 1985.

8 Zie ook noot 1 van dit hoofdstuk. In vrijwel alle publicaties over de *workers' compensation systems* wordt naar het werk van Arthur Lawson – dat inmiddels wordt bewerkt door zijn zoon Lex K. Larson – verwezen.

9 Larson and Larson, 2000, p. 3.

HOOFDSTUK 9

Deze begrippen worden niet in elke staat hetzelfde uitgelegd. De wettelijke voorwaarden waaronder een werknemer voor een uitkering krachtens de *workers' compensation* wetgeving in aanmerking komt, kunnen van staat tot staat verschillen. Zoals we hierna nog zullen zien, bestaan er met name ten aanzien van de vergoedbaarheid van psychisch letsel aanzienlijke verschillen tussen de wetten van de diverse Amerikaanse staten. Deze verschillen kunnen overigens ook ontstaan doordat de rechtspraak in één staat een andere koers volgt dan in een andere.

Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever voor de gevolgen van een *personal injury* of *occupational disease* die binnen de werkingssfeer van de ongevalverzekering valt, is in alle staten vrijwel geheel uitgesloten.¹⁰ Alleen geldt, zoals opgemerkt in § 9.1, in sommige staten een uitzondering voor die gevallen waarin sprake is van opzettelijk door de werkgever toegebracht letsel.¹¹ Een beroep op de civiele rechter is in beginsel steeds mogelijk als geen sprake is van letsel of ziekte als bedoeld in de *workers' compensation* wetten. Over de vraag wanneer dit het geval is, is uiteraard discussie mogelijk. Met name waar het gaat om schade als gevolg van discriminatie/intimidatie wordt veelal de vraag opgeworpen of de *workers' compensation* wetten nu wel of geen exclusieve werking hebben. Op deze vraag wordt nog teruggekomen in § 14.7.4 en § 14.7.5. De uitsluiting van aansprakelijkheid geldt niet alleen voor foutaansprakelijkheid van de werkgever zelf, maar ook voor kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor schade die de ene werknemer aan de andere heeft toegebracht. In de meeste staten kan een werknemer ter verkrijging van schadevergoeding ook niet rechtstreeks een collega aanspreken. In enkele staten bestaat die mogelijkheid wel.¹² De uitkering krachtens de *workers' compensation* wetgeving is gelijk aan een bedrag gelegen tussen circa de helft en 2/3^e van het vroegere salaris van de werknemer. Daarnaast worden zijn medische kosten vergoed. Doel van de vergoeding is om de werknemer te compenseren voor de ontstane arbeidsongeschiktheid en de gevolgen daarvan voor zijn verdien capaciteit. Een werknemer heeft daarom alleen recht op een vergoeding als hij geheel of gedeeltelijk arbeidsongeschikt is geraakt en als zijn verdien capaciteit daardoor is verminderd.¹³ Immateriële

10 Deze uitsluiting geldt ook als wel sprake is van letsel of ziekte als bedoeld in de ongevalverzekeringen, maar deze niet tot arbeidsongeschiktheid leidt, zodat geen recht bestaat op een vergoeding. Het bekendste voorbeeld hiervan is impotentie als gevolg van een ongeval. Zie *Hyett v. Northwestern Hospital*, 147 Minn. 413, 180 N.W. 552 (1920) en Larson and Larson, 2000, p. 550.

11 Bijvoorbeeld in Oregon, West Virginia en Arizona. Zie Larson and Larson, 2000, p. 546.

12 In ongeveer zes staten: zie Larson and Larson, 2000, p. 582-584.

13 Larson and Larson, 2000, p. 8.

schade wordt niet vergoed¹⁴ en evenmin bestaat er een recht op uitkering in geval van gezondheidsschade die niet tot arbeidsongeschiktheid leidt.¹⁵

Werkgevers zijn, zoals gezegd, verplicht om een verzekering af te sluiten tegen het risico dat aan een werknemer een uitkering moet worden betaald krachtens de *workers' compensation* wetgeving. In de meeste staten sluiten werkgevers hiervoor particuliere verzekeringen af of kunnen zij als eigenrisicodragers fungeren.¹⁶ In een paar staten dienen de premies in een overheidsfonds gestort te worden. Het Amerikaanse systeem brengt mee dat een werkgever van wie veel werknemers arbeidsongeschikt raken, hogere verzekeringspremies moet betalen dan een werkgever bij wie het risico op arbeidsongeschiktheid lager is. Uitgangspunt is dat de kosten van hogere premies worden doorberekend in de producten van de betreffende werkgever. De producten van werkgevers in een 'gevaarlijke bedrijfstak' zijn aldus duurder dan producten die in een relatief veilige bedrijfstak worden gemaakt.¹⁷

De uitvoering van de *workers' compensation* wetgeving berust in de regel in de handen van uitvoerende commissies.¹⁸ Deze zijn ook, wederom in de regel, de wederpartij van de werknemer in een geschil over het recht op uitkering. De wederpartij kan echter ook de werkgever zelf zijn, indien hij eigenrisicodragers is of als hij zich niet heeft verzekerd en daarom rechtstreeks wordt aangesproken.

9.2.2 Vergoeding van psychisch letsel op grond van de *workers' compensation* regelingen

Tussen de verschillende staten van Amerika bestaan belangrijke verschillen waar het gaat om de vergoeding van werkgerelateerd psychisch letsel op grond van de *workers' compensation systems*. In een aantal staten bevat de wetgeving duidelijke regels op dit gebied. Zo is in de wetgeving van Kentucky bepaald dat alleen psychisch letsel dat samenhangt met lichamelijk letsel recht geeft op een vergoeding,

14 Larson and Larson, 2000, p. 8.

15 Zoals bijvoorbeeld bij sommige vormen van seksuele intimidatie.

16 Dat wil zeggen dat ze zelf de uitkeringen betalen waarop arbeidsongeschikt geworden werknemers recht hebben en niet via een verzekeraar.

17 De Wet Pemba die in de WAO is ingevoerd, vertoont op deze punten veel overeenstemming met het Amerikaanse systeem. Op grond van de Wet Pemba moet een werkgever een hogere WAO-premie betalen naarmate meer van zijn werknemers in de WAO terecht komen. Per 1 januari 2003 geldt deze wet niet meer voor werkgevers met minder dan 25 werknemers. Ook in het Amerikaanse systeem zijn bepaalde werkgevers, bijvoorbeeld particuliere werkgevers (*private households*) uitgesloten van deelname aan het *workers' compensation* stelsel.

18 De hier weergegeven kenmerken gelden voor de meeste *workers' compensation* stelsels. Staten kunnen echter op punten een andere regeling hebben getroffen. Zie verder Larson and Larson, 2000, p. 3-13.

HOOFDSTUK 9

terwijl in Montana psychisch letsel zelfs geheel van vergoeding is uitgesloten.¹⁹ In een aantal andere staten geven psychische ziekten wel recht op een uitkering, maar alleen onder bepaalde voorwaarden. Zo wordt in sommige staten een bepaalde soort stress geëist, bijvoorbeeld *unexpected, unusual or extraordinary stress*, of wordt als voorwaarde gesteld dat de werkomstandigheden een *substantial contributing cause* vormen van de psychische ziekte.²⁰ In andere staten geldt als uitgangspunt dat psychisch letsel als gevolg van te goeder trouw genomen personeelsbeslissingen, zoals demotie of ontslag, geen recht geeft op een uitkering.²¹ Ook wordt wel geëist dat de psychische ziekte het gevolg is van risico's waaraan de werknemer niet ook buiten de werkplek kan zijn blootgesteld.²² Voorts wordt wel als voorwaarde gesteld dat sprake moet zijn van een psychiatrisch ziektebeeld als bedoeld in de *DSM-manual*²³ of wordt de duur van de uitkering in geval van geestelijk letsel beperkt.²⁴

In de meeste staten staat de wettekst echter niet in de weg aan het vergoeden van psychisch letsel en is het aan de rechter overgelaten om te beslissen in hoeverre psychische ziekten recht geven op *workers' compensation*. Hierbij worden verschillende benaderingen gehanteerd. In sommige staten, waaronder Maryland en North Carolina, komt werkgerelateerd psychisch letsel onder dezelfde voorwaarden voor vergoeding in aanmerking als fysiek letsel.²⁵ In andere staten worden door de rechter aan de vergoeding van psychisch letsel aanvullende eisen gesteld die niet worden toegepast bij fysiek letsel. In de rechtspraak en literatuur worden in dit opzicht grosso modo drie verschillende benaderingen onderscheiden:²⁶

-
- 19 Kentucky Rev. Stat. § 342.0011(1), (enacted 12 December, 1996); Montana Code Ann. 39-71-119(3). Zie ook Larson and Larson, 2000, p. 256-257.
 - 20 Vgl. Arizona Rev. Stat. § 23-1043.01.
 - 21 Vgl. Connecticut Gen. Stat. § 31-275(16)(B)(iii) en Maine Rev. Stat. Ann. tit. 39A § 201(3). Zie ook James R. Martin, "A Proposal to reform the North Carolina Workers' Compensation Act to address Mental-mental Claims", 32 *Wake Forest Law Review* 193, 1997.
 - 22 Vgl. Colorado Rev. Stat. Ann. § 8-41-302.
 - 23 Vgl. Arkansas Code Ann. § 11-9-113(a)(2).
 - 24 Bijvoorbeeld tot zes maanden, zoals in de Arkansas Code Ann. § 11-9-113(b)(1).
 - 25 Larson and Larson, 2000, p. 257.
 - 26 Zie onder meer George W. Dawes, "Eligibility for Workers' Compensation in Cases of Nontraumatic Mental Injury: The Development of the Unusual Stress Test in Wisconsin", *Wisconsin Law Review* 363, 1987; Monica Gall, "Gardner v. Van Buren Public Schools: Compensating Mental Disabilities under Workers' Compensation", *The Detroit College of Law Review* 223, 1995; Teresa K. Lamaster, "Developments in Maryland Law, 1992-1993: Workers' Compensation: 'Mental-Mental' Claims under the Maryland Workers' Compensation Act", 53 *Maryland Law Review* 1029, 1994; Kurt Lamp, "Mental Stress Claims in North Dakota: Evaluating the Compensability of Mental Stress Claims under North Dakota Workers' Compensation Law", 69 *North* →

VERGOEDING VAN PSYCHISCH LETSEL DOOR DE WERKGEVER NAAR AMERIKAANS RECHT

- *the sudden or traumatic event test*
- *the unusual stress test*
- *the objective causation test*.²⁷

Het gaat daarbij steeds om de vraag in hoeverre zuiver psychisch letsel voor vergoeding in aanmerking komt en dus niet om de vraag in hoeverre psychisch letsel dat samenhangt met lichamelijk letsel recht geeft op een vergoeding uit hoofde van de *workers' compensation* wetgeving.²⁸

9.2.3 *The sudden or traumatic event test*

De *sudden or traumatic event test* houdt in dat psychisch letsel als gevolg van een psychische oorzaak slechts recht geeft op een uitkering indien het letsel te herleiden is tot een duidelijke traumatische gebeurtenis, bijvoorbeeld plotselinge schrik of opwinding. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak waarin aan een werknemer een vergoeding werd toegekend vanwege psychische ziekte die was ontstaan nadat hij had gezien hoe de hand van een collega, die bij hem stond aan de lopende band, door een machine werd afgerukt.²⁹ Bij gebruik van deze toets komt een groot deel van de werknemers met psychisch letsel niet voor vergoe-

Dakota Law Review 369, 1993; Martin, 32 *Wake Forest Law Review* 193, 1997; Aya V. Matsumoto, "Reforming the Reform: Mental Stress Claims under California's Workers' Compensation System", 27 *Loyola of Los Angeles Law Review* 1327, 1994; Craig B. Nichols, , "Work-related mental injuries: Minnesota's Compensability Standards", 22 *Hamline Law Review* 259, 1998; Michael K. Nisbet, "Workers' Compensation and Teacher Stress", 28 *Journal of Law & Education* 531, 1999 and Troost, 133 *University of Pennsylvania Law Review* 847, 1985.

27 In de literatuur worden ook wel weer onderverdelingen deze toetsen aangetroffen. Zo onderscheidt Cook (Thomas S. Cook, "Workers' Compensation and Stress Claims: Remedial Intent and Restrictive Application", 62 *Notre Dame Law Review*, 879 (1987)) negen verschillende benaderingen. De meeste schrijvers houden echter de onderverdeling in de drie genoemde categorieën aan.

28 In het Amerikaanse *workers' compensation* recht wordt onderscheid gemaakt tussen drie categorieën, afhankelijk van de oorzaak en de aard van de ziekte, namelijk psychische ziekte door een fysieke oorzaak (*physical-mental*), fysieke ziekte door een psychische oorzaak (*mental-physical*) en psychische ziekte door een psychische oorzaak (*mental-mental*). Omdat het in dit boek gaat om de vergoeding van zuiver psychisch letsel zal alleen de derde categorie hier worden besproken.

29 *Pathfinder Cp. V. Indus. Commission*, 62 Ill. 2d 556, 343 N.W. 2d 913 (1976). De benadering wordt in (ongeveer) tien Amerikaanse staten toegepast. Zie het overzicht van Patricia Pattison and Philip E. Varca, "Workers' Compensation for Mental Stress Claims in Wyoming", 29 *Land and Water Law Review* 1994, p. 172-173.

HOOFDSTUK 9

ding in aanmerking omdat werkgerelateerd geestelijk letsel vaak het gevolg is van het werken onder langdurig belastende omstandigheden die uiteindelijk ziekte veroorzaken, zoals bijvoorbeeld bij stress en/of pesten, en niet van een plotselinge gebeurtenis. De benadering wordt niettemin in een aantal staten toegepast omdat zij rechters een houvast geeft bij de vaststelling of een bepaalde psychische ziekte daadwerkelijk het gevolg is van het werk.³⁰

Bij de *traumatic event test* geldt als uitgangspunt dat een werknemer alleen dan aanspraak kan maken op een vergoeding in geval van psychische ziekte indien aangenomen kan worden dat een 'redelijke' werknemer hierdoor ziek zou zijn geworden. Niet de individuele werknemer in een bepaalde zaak staat dus centraal, maar een geobjectiveerde 'normale' werknemer.³¹ In die zin is bij de *traumatic event test* geen sprake van vergoeding puur op no-fault basis. Was dit wel het geval, dan zou namelijk alleen gekeken worden naar de relatie tussen ziekte en werk. Bestaat een dergelijke relatie, dan is het in een zuivere no-fault benadering niet relevant of de geobjectiveerde normale werknemer ook ziek zou zijn geworden.

9.2.4 *The unusual stress test*

De tweede toets, de *unusual stress test*, houdt in dat psychische ziekten alleen recht geven op *workers' compensation* als er sprake is van buitengewone omstandigheden.³² 'Gewone' stress geeft geen recht op een vergoeding. Om te beoordelen of er sprake is van buitengewone omstandigheden kan ofwel een vergelijking plaatsvinden met collega's in hetzelfde bedrijf die een vergelijkbaar beroep uitoefenen ofwel met werknemers in een vergelijkbare positie bij andere werkgevers in de bedrijfstak ofwel met werknemers in een vergelijkbaar beroep waar dan ook. Ook kan als uitgangspunt worden genomen dat eerst wordt gekeken of een vergelijking binnen het eigen bedrijf mogelijk is en dat pas als dat niet mogelijk blijkt, bijvoorbeeld omdat dit bedrijf te klein is, een vergelijking wordt gemaakt met werknemers in dezelfde positie bij andere werkgevers.³³ Een voorbeeld van toepassing van de *unusual stress test* is de uitspraak van het *Wisconsin Supreme*

30 Zie ook Pattison and Varca, 29 *Land and Water Law Review* 1994, p. 159-160.

31 Vgl. *Bailey v. American General Insurance Co.*, 154 Tex. 430, 279 S.W. 2d 315 (1955). Zie ook Cook, 62 *Notre Dame Law Review*, 879 (1987).

32 Deze toets wordt in (ongeveer) 13 staten gehanteerd. Vgl. het overzicht van Pattison and Varca, 29 *Land and Water Law Review* 1994, p. 172-173.

33 Zie voor een toepassing van deze laatste benadering *Dunlavey v. Economy Fire & Casualties Co.* 526 N.W. 2d 845 (Iowa Supreme Court, 1995). Deze uitspraak is besproken door N.D. Riley, "Mental-Mental Claims – Placing Limitations on Recovery under Workers' Compensation for Day-to-Day Frustrations", *Missouri Law Review* 2000, p. 1023-1045.

Court in de zaak *School District No 1*.³⁴ Deze zaak betrof een leerlingenbegeleidster die geestelijk was ingestort nadat zij had gelezen dat studenten de aanbeveling hadden gedaan om haar van school te verwijderen. Het *Supreme Court* wees haar verzoek om schadevergoeding af omdat het niet ongewoon zou zijn voor een docent of een begeleider om negatief commentaar te krijgen van studenten.³⁵

De *unusual stress test* wordt wel bekritiseerd omdat hij in strijd zou zijn met één van de grondregels van het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht, namelijk dat een slachtoffer moet worden genomen zoals hij is, het Amerikaanse equivalent van het leerstuk van de predispositie (ook wel aangeduid als de *eggshell skull rule*). Het vereisen van buitengewone omstandigheden zou meebrengen dat een werknemer die als gevolg van een psychisch zwakke constitutie geestelijk ziek wordt, bijvoorbeeld door een te zware werkdruk, geen aanspraak zou kunnen maken op een vergoeding omdat het door zijn persoonlijkheidsstructuur komt dat hij de werkdruk niet aan kan, terwijl een meer robuuste collega daar wel mee kan omgaan. Sommige schrijvers achten dit niet redelijk omdat het ook bij de meer kwetsbare werknemer uiteindelijk het werk is dat de psychische ziekte teweeg heeft gebracht. Bovendien, zo stellen zij, wordt het ook aan een werknemer met lichamelijk letsel niet tegengeworpen dat hij (mede) arbeidsongeschikt is geworden door een predispositie voor dit letsel.³⁶ Door critici van de *unusual stress test* wordt verder opgemerkt dat deze toets zich niet verdraagt met het doel van de *workers' compensation systems*, zijnde om alle werknemers te beschermen die invalide zijn geraakt door het werk, ongeacht de oorzaak.³⁷

Voorstanders van de *unusual stress test* voeren daarentegen aan dat, als ook gewone dagelijkse gebeurtenissen aanspraak kunnen geven op een vergoeding, vrijwel alle psychische klachten vergoedbaar zijn. In dat geval zou ook psychische ziekte als gevolg van een 'gewone' gebeurtenis als een reorganisatie, overplaatsing e.d. recht geven op een vergoeding.³⁸ Verder zou het volgens hen in dat geval erg lastig worden om onderscheid te maken tussen legitieme en voorge-

34 *School District No. 1 v. Department of Industry, Labor and Human Relations*, 62 Wis. 2d, 370, 215 N.W. 2d, 373 (1974).

35 Zie over deze uitspraak en de *unusual stress test* Dawes, *Wisconsin Law Review* 363, 1987.

36 Vgl. o.a. Nisbet, 28 *Journal of Law & Education* 531, 1999; Troost, 133 *University of Pennsylvania Law Review* 847, 1985.

37 Zie Troost, 133 *University of Pennsylvania Law Review* 847, 1985; Nisbet, 28 *Journal of Law & Education* 531, 1999.

38 Zie onder meer Gall, *The Detroit College of Law Review* 223, 1995; Martin, 32 *Wake Forest Law Review* 193, 1997; Matsumoto, 27 *Loyola of Los Angeles Law Review* 1327, 1994.

HOOFDSTUK 9

wende klachten.³⁹ Eén en ander zou vervolgens kunnen leiden tot een stortvloed aan vorderingen tot vergoeding van psychisch letsel.⁴⁰

Toepassing van de *unusual stress test* heeft in veel gevallen tot gevolg dat feitelijk wordt getoetst of sprake is van tekortschieten door de werkgever. Dat sprake is van buitengewone omstandigheden wordt namelijk vaak pas aangenomen als duidelijk is dat de werkgever het een en ander te verwijten valt. Zo werd in een zaak van een vrachtwagenchauffeur die psychisch ziek was geworden nadat hij afwisselend had moeten werken op basis van een vast rooster en op oproepbasis, geoordeeld dat sprake was van ongewoon belastende werkomstandigheden en daarmee van *unusual stress*. In feite werd door de rechter dus aangenomen dat de werkgever onzorgvuldig had gehandeld jegens de werknemer.⁴¹ In een andere zaak werd geoordeeld dat sprake was van *unusual stress* omdat de werkgever werknemers van een door hem overgenomen bedrijf ongunstiger behandelde dan de werknemers die reeds bij hem in dienst waren.⁴² Ook daar werd dus feitelijk aangenomen dat de werkgever was tekortgeschoten in zijn verplichtingen.⁴³ De *unusual stress test* is in dit opzicht vergelijkbaar met de toets die door de Centrale Raad van Beroep (CRvB) wordt toegepast bij de beoordeling of sprake is van een psychische beroepsziekte, namelijk of sprake is van excessieve of abnormale werkomstandigheden. Ook daarbij wordt in theorie alleen gekeken naar de causale relatie tussen ziekte en werk, maar wordt een dergelijke relatie in feite alleen dan aanvaard als sprake is van schending door de werkgever van één of meerdere verplichtingen jegens een ambtenaar.⁴⁴

9.2.5 *The objective causation test*

De derde toets tenslotte, de *objective causation test*, houdt in dat er recht bestaat op een vergoeding indien de werknemer aantoont dat er een stressvolle gebeurtenis heeft plaatsgevonden op het werk en dat deze gebeurtenis in overwegende mate

39 Zie ook het *Wyoming Supreme Court* in *Graves. V. Utah Power and Light Co.*, 713 P.2d 187 (Wyoming, 1986) en in *Consolidated Freightways v. Drake*, 678 P.2d 874, (Wyoming, 1984).

40 In dit verband wordt stevast verwezen naar de situatie in Californië waar ook gewone stress recht gaf op *workers' compensation* en het aantal claims vervolgens enorm toenam. Zie hierover Matsumoto, 27 *Loyola of Los Angeles Law Review* 1327, 1994 en Gall, *The Detroit College of Law Review* 223, 1995.

41 *Consolidated Freightways v. Drake*, 678 P.2d 874 (Wyoming Supreme Court, 1984).

42 *Dunlavey v. Economy Fire & Cas. Co.* 526 N.W. 2d 845 (Iowa 1995).

43 Op de reikwijdte van de zorgplicht van de werkgever in beide zaken wordt nader ingegaan in § 13.4.5.

44 Zie § 5.3.1.

heeft bijgedragen aan het ontstaan van zijn arbeidsongeschiktheid.⁴⁵ De *objective causation test* kent verschillende varianten. In de voor werknemers meest milde variant is het voldoende voor het recht op uitkering indien de gebeurtenis, waardoor de werknemer naar zijn zeggen psychisch ziek is geworden, in zijn ervaring heeft plaatsgevonden. In die variant wordt zelfs niet geëist dat sprake is geweest van een daadwerkelijke gebeurtenis. Een voorbeeld hiervan is de zaak *Albertson's*⁴⁶ uit Californië in welke zaak een werkneemster stelde psychisch ziek te zijn geworden als gevolg van intimidatie. De betrokken psychiater oordeelde dat het onwaarschijnlijk was dat de intimidatie daadwerkelijk had plaatsgevonden, maar stelde vast dat de werkneemster als gevolg van haar persoonlijkheidsstoornis wel intimidatie had ervaren. De rechter vond dit voldoende voor toewijzing van haar verzoek om vergoeding, omdat het werk de *trigger* was geweest van haar psychische ziekte en de werkgever de werkneemster moest nemen zoals zij was inclusief persoonlijkheidsstoornis/predispositie. Deze beslissing is veelvuldig bekritiseerd, met name omdat hij heeft geleid tot een zeer sterke toename van verzoeken om een vergoeding.⁴⁷ Uiteindelijk heeft de Californische wetgever bepaald dat alleen letsel als gevolg van een daadwerkelijke gebeurtenis voor vergoeding in aanmerking komt.

In strengere varianten op de *objective causation test* geeft ziekte als gevolg van werkgeversbeslissingen die behoren tot het normale personeelsbeleid geen recht op *workers' compensation*⁴⁸ of wordt van de werknemer geëist dat hij duidelijk en overtuigend bewijs levert van het causaal verband tussen werk en letsel.⁴⁹ Dit vereiste kan meebrengen, indien het strikt wordt opgevat, dat de werknemer aan-

45 In rechtspraak en literatuur wordt in dit opzicht ook wel onderscheid gemaakt tussen staten waarin *gradual or ordinary stress* recht geeft op een vergoeding en staten waarin *unusual stress* wordt geëist.

46 *Albertson's, Inc. v. Workers' Compensation Appeals Board*, 131 cal. App. 3d 308, 182; Cal. Rptr. 304 (1982). Zie hierover Matsumoto, 27 *Loyola of Los Angeles Law Review* 1327, 1994. Zie verder § 13.7.4.

47 In de literatuur wordt wel gesproken van een stijging van 700% in de ongeveer tien jaren volgend op deze beslissing. Zie Matsumoto, 27 *Loyola of Los Angeles Law Review* 1327, 1994 en Gall, *The Detroit College of Law Review* 223, 1995.

48 Dit is bijvoorbeeld geldend recht in Oregon, Maryland, New York, Hawaii, Connecticut en Maine. Zie onder meer William K. Shultz, "*Mitchell v. State and HRS* § 386-3: Workers' Compensation Reform in the State of Hawaii", 21 nr. 2 *University of Hawaii Law Review* 1999, p. 812-813. Zie verder Lamaster, 53 *Maryland Law Review* 1029, 1994; Matsumoto, 27 *Loyola of Los Angeles Law Review* 1327, 1994; Larson and Larson, 2000, p. 257.

49 Bijvoorbeeld in Oregon en Maryland. Zie Matsumoto, 27 *Loyola of Los Angeles Law Review* 1327, 1994, en Lamaster, 53 *Maryland Law Review* 1029, 1994.

HOOFDSTUK 9

toont dat er fysiologische veranderingen hebben plaatsgevonden als gevolg van het letsel.⁵⁰

Ook de *objective causation test* kent voorstanders en tegenstanders. Voorstanders wijzen erop dat deze toets het beste aansluit bij de doelstellingen van de *workers' compensation* wetten, namelijk om een vergoeding toe te kennen in die gevallen waarin een werknemer door het werk ziek is geworden. Ook sluit de toets naar hun mening het beste aan bij het uitgangspunt, zoals dat werd geformuleerd bij de invoering van *workers' compensation* wetten, dat deze wetten ruim moeten worden uitgelegd. Deze schrijvers achten de *objective causation test* voorts het meest logisch bezien vanuit het leerstuk dat predisposities van een slachtoffer voor rekening van de veroorzaker van schade komen en niet voor rekening van het slachtoffer zelf.⁵¹ Critici vinden, zoals hiervoor al is opgemerkt bij bespreking van de argumenten vóór en tegen de toepassing van de *unusual stress test*, dat de *objective causation test* te soepel is en daardoor tot een stortvloed aan claims leidt, dat bij toepassing van de toets ten onrechte ook gewone gebeurtenissen recht geven op een vergoeding en dat de toets het lastig maakt om onderscheid te maken tussen reële en vermeende psychische klachten.⁵²

9.3 Vergoeding van psychisch letsel op grond van FELA

9.3.1 Algemene aspecten

Voor werknemers van nationale spoorwegmaatschappijen en werknemers in de scheepvaart geldt in de Verenigde Staten een apart systeem van aansprakelijkheid dat is gebaseerd op respectievelijk de *Federal Employers Liability Act* (FELA) en de *Jones Act*. De *Jones Act* volgt het stramien van FELA en de jurisprudentie op basis daarvan.⁵³ FELA verschilt van de *workers' compensation systems* in die zin dat de aansprakelijkheid van werkgevers voor letsel van hun werknemers gebaseerd is op tekortschieten door de werkgever. FELA is dus gebaseerd op foutaansprakelijkheid. Werkgevers hebben op grond van FELA de verplichting om te zorgen voor veilige arbeidsomstandigheden voor hun werknemers. Bij niet-nakoming van deze verplichting met letsel als gevolg dienen zij de daardoor ontstane schade te vergoeden.

FELA is in 1908 ingevoerd op een moment dat het aantal ongevallen en doden onder werknemers van de spoorwegen – die toen de grootste nationale bedrijfs-

50 Lamaster, 53 *Maryland Law Review* 1029, 1994.

51 Vgl. Troost, 133 *University of Pennsylvania Law Review* 847, 1985; Nisbet, 28 *Journal of Law & Education* 531, 1999.

52 Zie onder meer Gall, *The Detroit College of Law Review* 223, 1995; Martin, 32 *Wake Forest Law Review* 193, 1997; Matsumoto, 27 *Loyola of Los Angeles Law Review* 1327, 1994.

53 In het vervolg zal omwille van de eenvoud alleen nog over FELA gesproken worden.

tak waren – dusdanig hoog was dat het Amerikaanse Congres speciaal voor deze groep werknemers beschermende wetgeving in het leven wilde roepen.⁵⁴ Daarom is, zoals in de literatuur is opgemerkt, een *'reasonably reliable tort compensation system for workers'* ontwikkeld.⁵⁵ Het feit dat FELA is gebaseerd op een *tort system* brengt mee dat de leerstukken die in het kader van *tort* zijn ontwikkeld in beginsel ook voor aansprakelijkheid onder FELA gelden. Dat betekent dat het aan de werknemer is om zowel te bewijzen dat zijn werkgever onrechtmatig heeft gehandeld als dat zijn ziekte daarvan het gevolg is. Verder komt eigen schuld van de werknemer aan het ontstaan van zijn schade in beginsel voor zijn eigen rekening. Wordt vastgesteld dat een werkgever op grond van FELA aansprakelijk is voor de letsel schade van een werknemer, dan heeft de werknemer recht op volledige schadevergoeding, waaronder een vergoeding voor immateriële schade, zoals ook bij een vordering op grond van *tort* het geval is, maar wat anders is bij *workers' compensation*. Daarentegen zijn de doelstellingen van FELA vergelijkbaar met die van de *workers' compensation* wetten, namelijk het bieden van een vergoeding aan werknemers en hun naaste familie in geval van werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid en het stimuleren van werkgevers om te zorgen voor veilige arbeidsomstandigheden.⁵⁶

9.3.2 Vergoeding van psychisch letsel op grond van FELA

Bij de totstandkoming van FELA hield men zich in het recht nog niet bezig met de aansprakelijkheid voor psychisch letsel. In de laatste decennia is echter de vraag opgekomen of onder het begrip letsel – *injury* – in FELA ook geestelijk letsel moet worden verstaan. Dit zou in lijn zijn met het beginsel, zoals herhaald in vele rechterlijke uitspraken, dat FELA ruim moet worden uitgelegd en dat elk letsel van een spoorwegwerknemer dat het gevolg is van onzorgvuldig handelen door de werkgever moet worden vergoed.⁵⁷ Het *Supreme Court*, dat in hoogste instantie oordeelt over FELA-zaken, heeft deze ruime uitleg, die werd gevolgd in

54 Zie over de ontstaansgeschiedenis van FELA Christopher M. Shields, "Carlisle v. Consolidated Rail Corp. and Justice Ginsburg's Dissent: Striking an Equitable Compromise between the Interests of Labor and Management regarding FELA Liability for Work-related Stress", 39 *Villanova Law Review* 197, 1994, part I (Introduction). Zie voorts Jerry J. Phillips, "An Evaluation of the Federal Employers' Liability Act, 25 *San Diego Law Review* 1988, 49.

55 Phillips, 25 *San Diego Law Review* 1988, 49.

56 Zie voor een overzicht van de verschillen en overeenkomsten tussen FELA en de *workers' compensation* wetten: Shields, 39 *Villanova Law Review* 197, 1994, noot 244.

57 Zie onder andere *Uri v. Thompson*, 337 U.S. 163, 1949 waarin het *Supreme Court* overwoog dat de tekst van FELA was "as broad as could be framed" en dat het de bedoeling was om "every injury suffered by any employee while employed by reason of the carrier's negligence" te vergoeden.

HOOFDSTUK 9

zaken waarin een werknemer fysiek letsel had opgelopen, echter niet toegepast in zaken waarin het letsel psychisch van aard was in plaats van fysiek.

In de zaak *Consolidated Rail Corporation v. Gotshall* uit 1994,⁵⁸ een zaak die reeds is genoemd in § 1.3 en nog uitgebreider aan de orde komt in § 11.4.4 en § 13.3.1,⁵⁹ overwoog het *Supreme Court* dat een werknemer alleen dan aanspraak kan maken op een vergoeding voor zuiver psychisch letsel op grond van FELA als hij tevens ofwel fysiek letsel heeft geleden of in gevaar daarvoor heeft verkeerd. Het *Supreme Court* achtte deze toets, de *zone of danger test*, het meest geschikt voor toepassing op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid, omdat deze toets enerzijds wordt/werd gevolgd door een substantieel aantal Amerikaanse staten⁶⁰ en anderzijds het beste zou aansluiten bij rechtspolitieke overwegingen als het vooruitzicht van ongelimiteerde en onvoorspelbare aansprakelijkheid en de mogelijkheid van frauduleuze claims. Het gerechtshof dat in de vorige instantie uitspraak had gedaan in de zaak *Gotshall*, had geoordeeld dat onderzocht moest worden of de psychische ziekte redelijkerwijs voorzienbaar was en of sprake was van *genuine and severe injuries*. Het *Supreme Court* wees deze benadering echter van de hand.

De *zone of danger test* is door het *Supreme Court* ook toegepast in zaken waarin werknemers stelden angstschade te hebben opgelopen als gevolg van blootstelling aan asbest.⁶¹ De toets is met het oog op dat type zaken zelfs nog iets aangescherpt omdat het *Supreme Court* in die zaken als voorwaarde voor vergoeding heeft gesteld dat sprake moet zijn geweest van *physical impact* en dus niet alleen van *physical danger* zoals in *Gotshall*. In de zaak *Metro North v. Buckley* uit 1997⁶² oordeelde het *Supreme Court* in dit opzicht dat niet aan het vereiste van *physical impact* was voldaan omdat werknemer Buckley (nog) niet ziek was geworden als gevolg van de jarenlange blootstelling aan asbest. In de zaak *Norfolk & Western Railway Co. v. Ayers et al* uit 2003⁶³ was volgens het *Supreme Court* wel sprake van *physical impact* omdat de werknemers die in die zaak vergoeding van angstschade

58 114 Supreme Court 2396, 129 L. Ed. 2d 427 (1994). Onder de benaming *Gots-hall* zijn twee zaken tegelijk behandeld, de zaak van *Gotshall* en die van *Conso-lidated Rail Corporation v. Carlisle*. Zie voor de bespreking van de zaak *Carlisle* ook § 13.3.1.

59 In § 11.4.4 wordt ingegaan op de verplichting van de werkgever naar Ameri-kaans recht ter voorkoming van shockschade en in § 13.3.1 op de verplichting ter voorkoming van overbelasting.

60 Namelijk 14 staten, zijnde niet de meerderheid van staten, maar ook geen kleine minderheid. In de meeste staten wordt de *relative bystander test* gevolgd en in een kleine minderheid van staten de *physical impact test*. Zie meer uitgebreid § 11.4.4.

61 Vgl. *Metro North Commuter Railroad Co. V. Buckley*, 521 U.S. 424 (1997) en *Nor-folk & Western Railway Co. v. Ayers et al.*, 123 Supreme Court 1210 (2003).

62 *Metro North Commuter Railroad Co. V. Buckley*, 521 U.S. 424 (1997).

63 *Norfolk & Western Railway Co. v. Ayers et al.*, 123 Supreme Court 1210 (2003).

claimden, asbestose hadden oplopen als gevolg van blootstelling aan asbest.⁶⁴ Ik kom op deze zaken terug in § 12.4.2.

9.4 Vergoeding van psychisch letsel op grond van de *tort of intentional infliction of emotional distress* (IIED)

Werknemers die psychisch ziek zijn geworden als gevolg van het werk hebben, vanwege de uitsluiting van aansprakelijkheid van werkgevers op grond van de *workers' compensation* wetgeving, weinig mogelijkheden om hun werkgever op grond van het gewone aansprakelijkheidsrecht voor de gevolgen van hun ziekte aansprakelijk te stellen. Een beroep op *breach of contract* door hun werkgever is hoe dan ook niet mogelijk, omdat naar Amerikaans recht geen vergoeding van *emotional distress* kan worden verkregen in geval van niet-nakoming van een overeenkomst.⁶⁵ Een dergelijke schadevergoeding kan alleen worden toegekend als sprake is van *tort*. Voor een beroep op de *tort of negligence*, de belangrijkste *tort* in het Amerikaanse recht, is echter ook geen ruimte vanwege de exclusiviteitsbepalingen in de *workers' compensation* wetgeving. De uitsluiting van aansprakelijkheid geldt echter niet in alle gevallen voor letsel dat *opzettelijk* is toegebracht. In een aantal staten⁶⁶ kan een werknemer in een dergelijke situatie zijn werkgever (en/of een collega) aanspreken op grond van het algemene aansprakelijkheidsrecht, namelijk door een beroep te doen op een zogeheten *intentional tort*.⁶⁷ Slaagt dat beroep, dan kan de werknemer zowel vergoeding van materiële als van immateriële schade vorderen. Tot de *intentional torts* – waarbij anders dan bij *negligence* opzet vereist is – behoren onder andere *assault*, *battery*,⁶⁸ *false imprisonment* and *the intentional infliction of emotional distress*. Hoewel in bepaalde gevallen een beroep kan worden gedaan op *assault* en *battery* ter verkrijging van schadevergoeding voor werkgerelateerd psychisch letsel, bijvoorbeeld bij seksuele intimidatie,

64 Zie verder § 12.4.2.

65 Zie Marla J. Weinstein, "The Limitations of Judicial Innovation: A Case Study of Wrongful Dismissal Litigation in Canada and the United States", 14 *Comparative Labor Law Journal* 478, 1993; Joanne Sokachitch, "Good Faith and Fair Dealing in Illinois: An Application in the Employment Context", 1987 *University of Illinois Law Review* 183.

66 Zie Yamada, 88 *Georgetown Law Journal* 475, 2000, die opmerkt dat "jurisdictions are split on whether workers' compensation is the exclusive remedy for intentional, work-induced emotional distress injuries."

67 W. Page Keeton, Dan B. Dobbs, Robert E. Keeton, David G. Owen, *Prosser and Keeton on The Law of Torts*, 5th ed. St. Paul, Minn. 1984, hoofdstuk 2 and Larson and Larson, 2000, hoofdstuk 21.

68 'Battery' is a harmful or offensive contact with a person made with intent. 'Assault' is used to refer to apprehension of imminent contact rather than to the contact itself. Zie Prosser and Keeton, 1984, p. 39.

HOOFDSTUK 9

is *the intentional infliction of emotional distress*, hierna IIED, de belangrijkste tort in dit opzicht.

Op IIED kan een beroep gedaan worden in geval van geestelijk letsel dat opzettelijk is toegebracht door de werkgever. Daarbij dient met name gedacht te worden aan gedragingen als pesten, intimidatie vanwege ras, sekse, godsdienst e.d. en ontoelaatbare vormen van bejegening. IIED beoogt genoegdoening te bieden indien door dergelijk gedrag psychisch letsel ontstaat als *fright, revulsion [and] humiliation*.⁶⁹ Vorderingen tot verkrijging van schadevergoeding voor werkgerelateerd psychisch letsel op grond van IIED worden echter niet vaak toegewezen. Reden hiervoor is dat aan de ernst van de gedraging van de werkgever en de ernst van het geestelijk letsel hoge eisen worden gesteld. In de rechtspraak wordt in dit opzicht aangesloten bij het bepaalde in de *Restatement (Second) of Torts*:⁷⁰

"One who by extreme and outrageous conduct intentionally or recklessly causes severe emotional distress to another is subject to liability for such emotional distress, and if bodily harm to the other results from it, for such bodily harm. Liability does not extend to mere insults, indignities, threats, annoyances, petty oppressions, and other trivialities."⁷¹

en

"Complete emotional tranquility is seldom attainable in this world, and some degree of transient and trivial emotional distress is a part of the price of living among people. The law intervenes only where the distress inflicted is so severe that no reasonable man could be expected to endure it."⁷²

In de praktijk leiden deze eisen ertoe dat een beroep op IIED niet vaak wordt toegewezen. Dit geldt zeker voor vormen van pesten die niet zijn te herleiden tot een verboden discriminatiegrond, zoals huidskleur, etnische afkomst, sekse etc. Is dit wel het geval, dan is de kans op succes voor een werknemer iets groter, hoewel ook dan nog steeds een strenge toets wordt uitgevoerd.⁷³

Een werkgever kan in sommige staten op grond van IIED kwalitatief aansprakelijk worden gesteld voor gedragingen van ondergeschikten. Hiervoor is in beginsel vereist dat de ondergeschikte onrechtmatig handelde in *the course and scope of employment*, dat wil zeggen dat de gedraging deel uitmaakte van de werkzaamheden en de werknemer beoogde op de één of andere wijze het belang van de

69 Prosser and Keeton, 1984, p. 40.

70 Zie voor de achtergronden van het *Restatement*: Prosser and Keeton, 1984, p. 17.

71 Section 46, *Restatement (Second) of Torts*.

72 Section 46, *Restatement (Second) of Torts*.

73 Zie verder § 14.4.5 en § 15.3.8.

werkgever of van de vervulling van zijn functie te dienen.⁷⁴ Soms wordt echter een iets soepeler criterium gehanteerd, namelijk het criterium dat de werkgever aansprakelijk is voor onrechtmatig gedrag van een ondergeschikte als het werk de gelegenheid heeft geboden voor dit gedrag.⁷⁵ Waar het gaat om aansprakelijkheid op grond van IIED is dit soepeler criterium tot nog toe echter alleen toegepast in zaken betreffende aansprakelijkheid van de werkgever voor seksuele intimidatie gepleegd door een ondergeschikte.⁷⁶

9.5 Vergoeding van psychisch letsel op grond van *Title VII Civil Rights Act*

Titel VII van de *Civil Rights Act* bepaalt dat een werkgever onrechtmatig handelt indien hij een werknemer ongelijk behandelt op het gebied van loon, arbeidsvoorwaarden of voordelen voortvloeiend uit het werk vanwege het ras, de huidskleur, de godsdienst, de sekse of de nationale herkomst van die werknemer.⁷⁷ In de rechtspraak is beslist dat deze wet ook strekt tot bescherming tegen intimidatie die is gestoeld op één van de in Titel VII genoemde gronden.⁷⁸ Een recht op schadevergoeding uit hoofde van de *Civil Rights Act* is niet onbeperkt. Er bestaat geen recht op *compensatory and punitive damages* in geval van aansprakelijkheid voor discriminatie als bedoeld in deze wet indien een werkgever minder dan 15 werknemers in dienst heeft, en de hoogte van een toe te kennen schadevergoeding is aan een maximum gebonden.⁷⁹

Intimidatie en/of discriminatie op grond van ras, huidskleur, godsdienst, sekse of nationale herkomst kan ingrijpende consequenties hebben voor de lichamelijke en geestelijke gezondheid van een werknemer. Voor zover de *Civil Rights Act* tegen discriminatie en intimidatie beoogt te beschermen, impliceert dit derhalve een bescherming tegen geestelijk en lichamelijk letsel. De *Civil Rights Act* vereist

74 Zie hierover, in de context van aansprakelijkheid voor seksuele intimidatie, Ruth C. Vance, "Workers' Compensation and Sexual Harassment in the Workplace: a Remedy for Employees or a Shield for Employers?", 11 *Hofstra Labor Law Journal* 141, 1993.

75 Dit criterium is ontleend aan de *Restatement (Second) of Agency* section 219, waarin onder andere is bepaald dat aansprakelijkheid voor ondergeschikten kan worden aangenomen als de werkgever nalatig of roekeloos was. Zie Prosser and Keeton, 1984, p. 507. Dit *Restatement* heeft in beginsel alleen betrekking op gedragingen van een werknemer buiten het kader van zijn dienstverband, maar de erin verwoorde principes worden soms ook toegepast op onrechtmatige daden die wel in het kader van de werkzaamheden zijn gepleegd.

76 Zie Vance, 11 *Hofstra Labor Law Journal* 141, 1993.

77 Civil Rights Act 42 U.S.C. 2000e-2(a)(1) (1994).

78 *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57 (Supreme Court, 1986).

79 Civil Rights Act of 1991 (amended version of Act of 1964), 42 U.S.C. section 1981.

HOOFDSTUK 9

evenwel niet dat een werknemer eerst aantoont dat hij daadwerkelijk psychisch ziek is geworden voordat hij aanspraak kan maken op schadevergoeding. Het *Supreme Court* heeft in dit opzicht beslist dat “*Title VII comes into play before the harassing conduct leads to a nervous breakdown*”,⁸⁰ dit omdat een discriminerende werkomgeving, ook zonder dat een psychische stoornis ontstaat, van invloed is op het psychisch welzijn van een werknemer, op diens arbeidsprestatie en op het verloop van zijn/haar loopbaan.

Een werkgever kan op basis van de *Civil Rights Act* aansprakelijk zijn voor eigen onrechtmatig handelen of voor handelen van werknemers, niet zijnde leidinggevend, als hem van dit handelen een verwijt treft. Voor gedragingen van leidinggevend kan een werkgever ook kwalitatief aansprakelijk zijn. In geval van seksuele intimidatie van het type ‘voor wat, hoort wat’ (quid pro quo-intimidatie) is deze kwalitatieve aansprakelijkheid een risicoaansprakelijkheid. In andere gevallen kan de werkgever aan kwalitatieve aansprakelijkheid ontkomen door aan te tonen dat hij zich voldoende heeft ingespannen om de seksuele intimidatie tegen te gaan. In die gevallen is dus sprake van een vorm van kwalitatieve aansprakelijkheid die tegen foutaansprakelijkheid aanligt.⁸¹

Een beroep op Titel VII van de *Civil Rights Act* is alleen mogelijk in de staten waarin een dergelijk beroep niet is uitgesloten door de exclusiviteitsbepalingen van de *workers' compensation* wetgeving. In de meeste staten is dit niet het geval omdat daar ofwel de wetgever ofwel de rechter van mening is dat schade door intimidatie/discriminatie niet kan worden aangemerkt als voortvloeiend uit een *personal injury* of een *occupational disease* als bedoeld in de *workers' compensation* wetten.⁸² Samenloop van een beroep op Titel VII en een beroep op IIED is steeds mogelijk. Voordeel van een beroep op IIED is dat, als dit wordt gehonoreerd, een hoger bedrag aan schadevergoeding kan worden verkregen dan indien aansprakelijkheid wordt gebaseerd op de *Civil Rights Act*, omdat op grond van deze wet, zoals hiervoor opgemerkt, geen *compensatory and punitive damages* kunnen worden verkregen als een werkgever minder dan 15 werknemers in dienst heeft en omdat de hoogte van een toe te kennen schadevergoeding aan een maximum is gebonden. Keerzijde is dat de vereisten voor aansprakelijkheid uit hoofde van IIED aanzienlijk strenger zijn dan de vereisten die de *Civil Rights Act* stelt.⁸³

9.6 Vergoeding van psychische ziekte in het ontslagrecht

Een werknemer die psychisch ziek is geworden als gevolg van zijn ontslag of de wijze waarop hij is ontslagen heeft weinig tot geen mogelijkheden in het Ameri-

80 *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17 (Supreme Court, 1993).

81 De werkgever kan dan aan kwalitatieve aansprakelijkheid ontkomen door aan te tonen dat hij zijn zorgverplichting heeft nageleefd. Zie verder § 13.6.5.

82 Zie ook § 9.2.1 en uitgebreid § 14.7.4 en § 14.7.5.

83 Zie uitgebreider § 9.4. Zie ook Vance, 11 *Hofstra Labor Law Journal* 141, 1993.

kanse recht om zijn schade vergoed te krijgen. In alle staten van Amerika kan, tenzij tussen partijen anders is overeengekomen, een ontslag *at will* van de werkgever geschieden, dat wil zeggen dat een werkgever een werknemer op elk moment kan ontslaan zonder dat hij daarvoor een goede reden hoeft te hebben. Hij wordt derhalve niet schadelijktig als hij geen goede reden heeft of een ontslag abrupt laat ingaan. In de rechtspraak zijn op de *at will*-doctrine wel enige uitzonderingen gecreëerd. Zo kan er sprake zijn van *wrongful dismissal* in geval (1) een werkgever op de één of andere wijze had toegezegd dat ontslag alleen op een redelijke grond zou plaatsvinden, (2) een ontslag in strijd is met *public policy*, (3) er sprake is van een schending van *the implied covenant of good faith and fair dealing* en (4) een ontslag onrechtmatig is omdat daarbij opzettelijk geestelijk letsel is toegebracht (IIED).⁸⁴ Alleen in geval wordt aangenomen dat een ontslag een *tort* oplevert, is vergoeding van geestelijk letsel mogelijk. Het Amerikaanse recht kent, zoals gezegd,⁸⁵ niet de mogelijkheid van het vorderen van schadevergoeding wegens psychisch letsel uit hoofde van niet-nakoming van de arbeidsovereenkomst, omdat bij *breach of contract* geen *emotional distress* wordt vergoed. Dat betekent dat een vordering tot verkrijging van een vergoeding van geestelijk letsel niet kan worden gebaseerd op de stelling dat de werkgever in strijd met een eerder gedane toezegging ontslag heeft gegeven op een *onredelijke* grond. Een dergelijke vordering is namelijk gebaseerd op *contract* en niet op *tort*.

In de andere drie gevallen waarin een uitzondering op de *at will*-doctrine mogelijk is, kan in beginsel wel een vergoeding worden gevorderd voor psychisch letsel, omdat *tort* daarbij de basis is van de vordering.⁸⁶ In de praktijk bestaat echter in geen van de vier gevallen een reële kans op het verkrijgen van schadevergoeding. De eerste uitzondering – niet-nakoming van een toezegging door de werkgever – is door een werkgever eenvoudig te omzeilen door geen garanties te geven inzake redelijk ontslag. *The implied covenant of good faith and fair dealing* in het arbeidsrecht wordt in slechts enkele staten in beperkte mate erkend en heeft alleen al daardoor weinig betekenis.⁸⁷ Aan een beroep op IIED worden, zoals besproken in § 9.4, strenge eisen gesteld. Alleen een beroep op de tweede uitzon-

84 Vgl. Weinstein, 14 *Comparative Labor Law Journal* 478, 1993; Laura Quackenbush, "Workers' Compensation Exclusivity and Wrongful Termination Tort Damages: An Injurious Tug of War?", 39 *Hastings Law Journal* 1229, 1988; Sokachitch, 1987 *University of Illinois Law Review* 183.

85 Zie § 9.4.

86 Een vordering tot vergoeding van schade wegens schending van de *implied term of good faith and fair dealing* kan ook op niet-nakoming van de overeenkomst gestoeld worden. *Tort* is echter de meer gebruikelijke grondslag. Zie Weinstein, 14 *Comparative Labor Law Journal* 478, 1993.

87 Zie Weinstein, 14 *Comparative Labor Law Journal* 478, 1993. Vanwege de beperkte betekenis van deze *implied term* wordt hieraan in dit hoofdstuk 9 geen aparte paragraaf gewijd.

HOOFDSTUK 9

dering – strijd met een *public policy* – biedt iets meer mogelijkheden, maar dan alleen als inderdaad in strijd met een *public policy* is gehandeld, bijvoorbeeld doordat een ontslag discriminerend is of heeft plaatsgevonden vanwege vakbondslidmaatschap.⁸⁸

In de literatuur wordt zo nu en dan gepleit voor meer controle op de ontslagbevoegdheden van de werkgever, bijvoorbeeld door invoering van een *duty to dismiss in good faith*⁸⁹ of door het mogelijk maken van het toekennen van schadevergoeding voor geestelijk letsel als een ontslag het sluitstuk vormt van het (weg)pesten van een werknemer.⁹⁰ Deze pleidooien hebben echter geen weerklank gevonden in de praktijk.

In theorie kan een vordering tot vergoeding van geestelijk letsel uit hoofde van *wrongful dismissal* geblokkeerd worden door de uitsluiting van aansprakelijkheid in de *workers' compensation* wetgeving. Dan dient bezien te worden of het letsel het gevolg is van het ontslag, in welk geval in beginsel geen recht bestaat op *workers' compensation*, of dat het is ontstaan tijdens het dienstverband, in welk geval een verzoek om *workers' compensation* voor de hand ligt en niet een beroep op *wrongful dismissal*.⁹¹ In de praktijk doen zich op dit vlak nauwelijks tot geen problemen voor omdat het ontslagrecht nauwelijks wordt gebruikt voor het verkrijgen van een vergoeding voor werkgerelateerd psychisch letsel.

9.7 Samenvatting

De belangrijkste grondslag voor de vergoeding van psychisch letsel door het werk is naar Amerikaans recht te vinden in de *workers' compensation* wetten. Het gaat hierbij om vergoeding op no-fault basis van een verlies aan verdien capaciteit en medische kosten ontstaan door een *injury of occupational disease* als bedoeld in de *workers' compensation* wetten. Het Amerikaanse systeem werkt niet met een lijst van erkende beroepsziekten. Op enkele staten na – waarin psychische ziekte van vergoeding is uitgesloten – kan een psychisch zieke werknemer aanspraak maken op *workers' compensation* als hij aantoont dat hij arbeidsongeschikt is geworden en dat het werk daarvan de oorzaak is. De eisen die aan dit bewijs worden gesteld verschillen echter van staat tot staat. In sommige staten geeft psychische ziekte alleen recht op een vergoeding als de ziekte het gevolg is van een traumatische of schokkende gebeurtenis op het werk (*traumatic event test*). In andere staten wordt geëist dat sprake is van *unusual stress*. In sommige staten komt ook ziekte door *ordinary stress* voor vergoeding in aanmerking, zij het dat soms restricties worden gehanteerd waar het gaat om de vergoeding van psychische ziekte als gevolg van (normale) personeelsbeslissingen van een werkgever. In die situatie, en in het

88 Vgl. Weinstein, 14 *Comparative Labor Law Journal* 478, 1993.

89 Sokachitch, 1987 *University of Illinois Law Review* 183, 1987.

90 Yamada, 88 *Georgetown Law Journal* 475, 2000.

91 Zie Quackenbush, 39 *Hastings Law Journal* 1229, 1988.

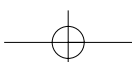
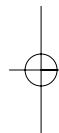
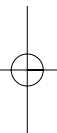
VERGOEDING VAN PSYCHISCH LETSEL DOOR DE WERKGEVER NAAR AMERIKAANS RECHT

geval dat moet worden getoetst of sprake is van *unusual stress*, blijkt bij de vraag of er causaal verband bestaat tussen werk en ziekte vrijwel steeds – soms direct, soms meer indirect – onderzocht te worden of de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen. Er is dan in wezen geen sprake meer van vergoeding op no-fault basis, maar van een verkapte vorm van foutaansprakelijkheid.

Een zuivere vorm van foutaansprakelijkheid is te vinden in de *Federal Employers Liability Act*, FELA. Deze wet geldt voor werknemers in de spoorwegsector. Een vergelijkbare wet geldt voor de binnenscheepvaart. Op grond van FELA is een werkgever alleen aansprakelijk voor zuiver psychisch letsel van een werknemer als de werknemer tevens in gevaar heeft verkeerd voor lichamelijk letsel of lichamelijk letsel heeft opgelopen. Foutaansprakelijkheid voor werkgerelateerd psychisch letsel kan in bepaalde gevallen ook gebaseerd worden op de *tort of intentional infliction of emotional distress* (IIED). Het moet dan gaan om opzettelijk door een werkgever toegebracht geestelijk letsel. De handelwijze van de werkgever moet *extreme and outrageous* geweest zijn en aan de zijde van de werknemer moet sprake zijn van *severe emotional distress*. Deze vereisten worden in de rechtspraak streng ingevuld. Is een werknemer psychisch ziek geworden door discriminatie of intimidatie op grond van ras, huidskleur, godsdienst, sekse of nationale herkomst, dan kan hij zijn werkgever aanspreken tot het vergoeden van zijn schade op grond van de antidiscriminatiewetgeving, zoals neergelegd in Titel VII van de *Civil Rights Act*.

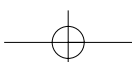
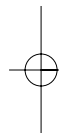
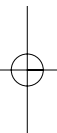
Deze wet kent niet alleen een foutaansprakelijkheid van de werkgever voor eigen onrechtmatig handelen, maar ook een vorm van kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor onrechtmatig handelen door leidinggevend.

Het Amerikaanse ontslagrecht biedt een werknemer vrijwel geen mogelijkheden om een vergoeding te krijgen omdat hij psychisch ziek is geworden door het werk. Alleen als het ontslag waardoor de werknemer ziek is geworden, in strijd is met een *public policy*, bijvoorbeeld op het gebied van discriminatie of vakbondslidmaatschap, of als is voldaan aan de vereisten voor een beroep op IIED, is soms een beroep op een *tort* mogelijk. Het gaat dan echter om uitzonderlijke gevallen.



DEEL II

VERGOEDING VAN PSYCHISCH LETSEL GERANGSCHIKT NAAR OORZAAK



10. Inleiding bij Deel II

In het tweede deel van dit boek wordt, zoals reeds aangekondigd in het inleidende hoofdstuk, gezien in hoeverre psychische ziekten als gevolg van zes in het werk gelegen mogelijke oorzaken ervan recht geven op een vergoeding en onder welke voorwaarden. Deze oorzaken zijn:

- het meemaken van een traumatische gebeurtenis op het werk;
- de angst om een levensbedreigende ziekte te krijgen;
- overbelasting;
- seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras;
- pesten;
- onzorgvuldige personeelsbeslissingen.

Ten aanzien van elk van deze mogelijke oorzaken zal ik nagaan onder welke omstandigheden psychisch letsel als gevolg daarvan voor vergoeding in aanmerking komt en of daarbij specifieke vragen rijzen die zich niet of niet in dezelfde vorm voordoen bij de vergoeding van fysiek letsel. Zoals in § 1.1.5 al is aangegeven, verschilt psychisch letsel op een aantal punten namelijk wezenlijk van (de meeste soorten van) fysiek letsel. Kenmerkend voor psychische ziekten is dat zij niet altijd eenvoudig zijn te voorzien, alleen al niet omdat de belastbaarheid van de ene werknemer verschilt van die van de andere. Daarnaast hebben psychische ziekten vaak meerdere oorzaken. Deze kunnen zowel in het werk gelegen zijn als in de privé-sfeer van de werknemer alsook in zijn persoonlijkheidsstructuur. Ten derde is het bestaan, de aard en de ernst van psychisch letsel in veel gevallen moeilijker vast te stellen dan bij lichamelijk letsel, omdat er niet altijd medisch aantoonbare afwijkingen zijn. Psychisch letsel kan daarom niet steeds op dezelfde wijze worden behandeld als fysiek letsel.

Zoals ook al is opgemerkt in § 1.1.5 gelden deze kenmerken niet alleen voor psychische ziekten, maar ook voor die fysieke ziekten die, evenals psychische ziekten, meerdere oorzaken kunnen hebben, lastig verifieerbaar zijn en niet elke werknemer treffen, maar de ene wel en de andere niet, afhankelijk van de individuele belastbaarheid. Hierbij kan gedacht worden aan aandoeningen als RSI, ME en (lage) rugklachten. Het zou daarom wellicht beter zijn om niet een onderscheid te maken tussen fysiek en psychisch letsel enerzijds, maar tussen bepaalde vormen van fysiek letsel enerzijds – de klassieke arbeidsongevallen en monocausale beroepsziekten – en andere fysieke ziekten én psychische ziekten anderzijds. Een dergelijk onderscheid wordt in dit boek echter niet verder uitgewerkt, omdat dit gaat over psychisch letsel en niet over fysieke ziekten. Dat neemt niet weg dat hetgeen wordt opgemerkt over de invulling van leerstukken als bewijslastverdeling, toerekening en eigen schuld niet alleen relevant is voor psychisch letsel, maar ook voor de hier genoemde fysieke ziekten.

HOOFDSTUK 10

In deel I van dit boek is nagegaan welke wettelijke of jurisprudentiële grondslag het meest passend is voor een vordering tot vergoeding van psychisch letsel, gelet op de specifieke kenmerken daarvan, en welke invulling gegeven dient te worden aan leerstukken als causaal verband, toerekening van schade, eigen schuld en de vergoedbaarheid van materiële en immateriële schade bij psychische ziekten. In deel II zal worden onderzocht in welke omstandigheden concreet een verplichting tot vergoeding van psychisch letsel als gevolg van een bepaalde oorzaak wordt aangenomen en welke voorwaarden daarbij worden gehanteerd. De nadruk zal hierbij liggen op de reikwijdte van de zorgplicht van de werkgever ten aanzien van deze psychische ziekten, omdat in de gevallen waarin aanvullende beperkingen worden gesteld aan de vergoeding van psychisch letsel die niet gelden bij lichamelijk letsel, dit vrijwel steeds geschiedt via een bepaalde invulling van de zorgplicht. Voor zover beperkingen worden aangebracht via de invulling van andere vereisten voor aansprakelijkheid – bij shockschade speelt bijvoorbeeld het relativiteitsvereiste een belangrijke rol en bij personeelsbeslissingen toerekening als bedoeld in artikel 6:98 BW¹ – zal uiteraard daaraan aandacht worden besteed. De juridische grondslag voor mogelijke aansprakelijkheid zal alleen worden besproken in het geval er discussie bestaat over de meest passende grondslag voor aansprakelijkheid voor een bepaalde vorm van psychisch letsel. Bij psychisch letsel als gevolg van overbelasting kan, bijvoorbeeld, vanwege de specifieke kenmerken daarvan, het gebruik van een andere grondslag voor aansprakelijkheid aangewezen zijn dan bij shockschade. Verder zal, waar nodig, aandacht worden besteed aan vergoeding op no-fault basis van psychische ziekten als gevolg van de hier genoemde oorzaken en aan de complicaties die zich daarbij voordoen. Overigens zal niet steeds worden gesproken over psychische ziekten als gevolg van een bepaalde oorzaak, maar ook wel kortweg over verschillende soorten of vormen van psychische ziekten.

De verdeling in typen oorzaken, zoals die aan het begin van deze paragraaf is gegeven, is ook in de buitenlandse literatuur terug te vinden. In de Engelse literatuur wordt in dit opzicht onderscheid gemaakt tussen twee soorten psychisch letsel, afhankelijk van de oorzaak ervan, namelijk letsel als gevolg van *confronting death, injury or peril* en letsel door *environmental stress*.² Tot de eerste categorie worden de situaties gerekend waarin een werknemer psychisch letsel heeft opgelopen door het meemaken van een traumatische gebeurtenis op het werk en tot de tweede categorie psychisch letsel als gevolg van overbelasting, intimidatie en personeelsbeslissingen. In dit boek wordt een iets gedetailleerdere indeling aangehouden. Naast de groep van psychische ziekten als gevolg van een traumatische gebeurtenis op het werk (dood, verwonding of gevaar) zal ik apart aandacht besteden aan psychisch letsel als gevolg van de angst om een ernstige ziekte te

1 Zie respectievelijk § 11.4 en § 16.4.

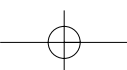
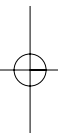
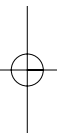
2 Des A. Butler, *Employer liability for workplace trauma*, Aldershot, Hants, Great Britain, 2002, p. 88.

krijgen (angstschade). De groep *environmental stress* splits ik op in psychische ziekten als gevolg van respectievelijk overbelasting, seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras/etnische afkomst, pesten, en personeelsbeslissingen. Daardoor kan meer inzicht worden verkregen in de specifieke aspecten van een bepaalde vorm van psychisch letsel, en in de reikwijdte van de zorgplicht van de werkgever ter voorkoming daarvan.³

In de praktijk zal overigens niet altijd onderscheid zijn te maken tussen de hier genoemde oorzaken van psychisch letsel. Vaak zal een ziekte meerdere oorzaken hebben, zoals bijvoorbeeld een combinatie van een te hoge werkdruk en een onzorgvuldige personeelsbeslissing van een werkgever, een combinatie van seksuele intimidatie en overbelasting etc. Ter wille van de helderheid zal in dit boek echter afzonderlijk op de verschillende oorzaken worden ingegaan.

De hoofdstukken in dit deel II kennen een vergelijkbare opzet. Steeds wordt begonnen met een inleiding waarin de belangrijkste definities op een rij worden gezet en een plan van behandeling wordt geschetst. Daarna wordt ingegaan op de mate waarin psychische ziekten als gevolg van een bepaalde oorzaak voorkomen en op de achtergrond daarvan. Vervolgens wordt onderzocht in welke omstandigheden in het Nederlandse, Engelse, Duitse en Amerikaanse recht concreet een verplichting tot vergoeding van psychisch letsel wordt aangenomen en welke criteria daarbij worden gehanteerd. Daarna vindt steeds een evaluatie van deze omstandigheden en criteria plaats en geef ik mijn eigen opvatting over de meest wenselijke benadering.

3 Ook in het boek van Butler, 2002, vindt een verdere onderverdeling plaats binnen de twee hoofdcategorieën, namelijk in de eerste categorie tussen *plaintiff confronting own death, injury and peril* en *plaintiff confronting the death, injury or peril of others* en in de tweede categorie tussen *pressured work environments*, *hostile work environments* en *punitive work environments*.



11. Psychisch letsel door het meemaken van een traumatische gebeurtenis op het werk (shockschade)

11.1 Inleiding en plan van behandeling hoofdstuk 11

Dit hoofdstuk 11 betreft de vergoeding van psychische ziekte als gevolg van het meemaken van een traumatische gebeurtenis op het werk, oftewel de vergoeding van werkgerelateerde shockschade. Shockschade kent geen eenduidige definitie. Bij de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek in 1992 is shockschade omschreven als de psychische schade die ontstaat door een schok die het gevolg is van het waarnemen van of geconfronteerd worden met een dodelijk ongeval.¹ In de literatuur wordt aangenomen dat ook ernstige verwonding van een ander kan leiden tot shockschade.² In het Kindertaxi-arrest³ omschrijft de Hoge Raad shockschade als het geestelijk letsel dat voortvloeit uit een hevige emotionele schok, die is veroorzaakt door de confrontatie met een ernstig ongeval waarbij iemand is gedood of gekwetst. Een met shockschade verwante vorm van psychisch letsel⁴ is het letsel dat iemand lijdt die als gevolg van een bijna-ongeluk of een anderszins traumatische gebeurtenis geestelijke, maar geen fysieke klachten heeft gekregen. Ook in dergelijke gevallen is sprake van een hevige emotionele schok. Die is echter niet het gevolg van het overlijden of de verwonding van een derde, maar van de dreigende verwonding of overlijden van de betrokkene zelf. Gedacht kan worden aan een gewapende overval waarbij de slachtoffers bedreigd worden, maar uiteindelijk niet verwond of gedood. Ook kan gedacht worden aan het meemaken van een traumatische gebeurtenis in oorlogsgebied of aan een andersoortige ramp.⁵ Ook in dergelijke gevallen ontstaat het geestelijk letsel door een schokkende gebeurtenis. In dit boek worden beide typen gevallen – letsel door het zelf

1 PG Boek 6, p. 1274.

2 Vgl. A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU Amsterdam), Nijmegen 2002, p. 139-140 en de daar genoemde andere auteurs.

3 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240.

4 In lijn met de terminologie van dit boek zou eigenlijk gesproken moeten worden over letsel door het meemaken van een schokkende gebeurtenis en niet over shockschade. De schade is het gevolg van het letsel. Omdat de term 'shockschade' echter is ingeburgerd, zal ik toch deze gebruiken. Daarbij doel ik dan – zie ook het Kindertaxi-arrest – op letsel door shock. Waar wordt gesproken over de schade als gevolg van het letsel, zal ik dat expliciet aangeven.

5 Zoals de ontploffing in Enschede of de brand in Volendam. Daarbij is overigens sprake van menggevallen. Iemand kan zowel zelf in gevaar hebben verkeerd zonder dat er uiteindelijk iets is gebeurd alsook anderen hebben zien omkomen of gewond raken.

HOOFDSTUK 11

in gevaar verkeerd hebben zonder dat iemand gewond is geraakt en letsel door het meemaken van het overlijden of gewond raken van een ander – besproken onder de noemer shockschade.

In § 11.3 zullen vragen rondom de vergoeding van shockschade die is ontstaan doordat een werknemer in gevaar heeft verkeerd voor eigen dood of letsel besproken worden. In § 11.4 zal de vergoeding van shockschade als gevolg van het meemaken van het overlijden of gewond raken van een ander aan de orde komen. Een aparte positie wordt daarbij ingenomen door degenen die, onvrijwillig, een aandeel hebben gehad in het gewond raken of overlijden van een ander, en aan hulpverleners. Aan beide groepen zal daarom afzonderlijk aandacht worden besteed in respectievelijk § 11.5 en § 11.6. Mogelijk geestelijk letsel als gevolg van een traumatische gebeurtenis op het werk kan soms voorkomen worden of in de kiem gesmoord door adequate opvang na de gebeurtenis. In § 11.7 zal de vergoeding van psychisch letsel ontstaan in een situatie waarin geen adequate nazorg is geboden, worden besproken. Alvorens op deze onderwerpen in te gaan, zal ik in de volgende paragraaf eerst enige achtergrondinformatie geven over het soort ziekte dat kan worden veroorzaakt door het meemaken van een traumatische gebeurtenis op het werk, de mate waarin deze ziekten voorkomen en de risicogroepen voor het ontstaan ervan.

11.2 Cijfers en achtergronden

Het psychisch letsel dat het gevolg is van het meemaken van een schokkende gebeurtenis wordt veelal gediagnosticeerd als een posttraumatische stress stoornis (hierna PTSS). PTSS is als psychiatrische ziekte vermeld in de derde en vierde *Diagnostic and statistical manual of mental disorders* van de American Psychiatric Association, beter bekend als 'DSM-III' en 'DSM-IV'. Als kenmerken van een PTSS worden daarin onder meer genoemd dat de betrokkene één of meerdere keren getuige is geweest van of geconfronteerd is met (de dreiging van) een ernstige verwonding of met de dood en dat deze traumatische gebeurtenis voortdurend wordt herbeleefd. Verder vermijdt de betrokkene prikkels die bij het trauma horen en heeft hij last van een verhoogde prikkelbaarheid. Van PTSS kan worden gesproken als de psychische stoornis langer duurt dan één maand en in significante mate lijden veroorzaakt of leidt tot verminderd functioneren.⁶ Indien de klachten binnen vier weken na het trauma optreden, langer duren dan twee dagen en binnen vier weken na de gebeurtenis weer verdwenen zijn, wordt gesproken van een ASS, een acute stressstoornis.⁷ Overigens behoeft psychisch letsel als gevolg van een traumatische gebeurtenis niet steeds de vorm aan te

6 Zie § 2.5.3.

7 Zie § 2.5.3.

nemen van een PTSS of ASS. Een traumatische gebeurtenis kan ook andere psychische stoornissen veroorzaken.⁸

Het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB) registreert meldingen van psychische ziekten als PTSS en ASS. In 2001 waren er volgens het NCvB 110 meldingen gedaan van PTSS en 68 meldingen van overige reacties op ernstige stress. In 2002 waren deze cijfers respectievelijk 79 en 47 en in 2003 75 en 67.⁹ Het gaat daarbij om circa 10% van het totaal aantal meldingen van psychische ziekten. Het NCvB gaat er van uit dat het werkelijke aantal stressstoornissen veel hoger ligt dan het gerapporteerde aantal, onder meer omdat schattingen van het percentage PTSS klachten in bepaalde beroepssectoren, waaronder de politie, veel hoger liggen dan verwacht mag worden op basis van de NCvB gedane meldingen.¹⁰

Het NCvB onderscheidt drie risicogroepen voor het ontstaan van een PTSS of ASS.¹¹ In de eerste plaats wordt een risico op beroepsgebonden traumatische stoornissen gelopen door met name politie, brandweer, ambulancepersoneel en militairen.¹² Daarnaast kan een traumatische stoornis voorkomen in beroepen waarin zich bedreigende situaties kunnen voordoen, zoals bij bank- en winkelpersoneel (overvallen), medewerkers in de sociale dienstverlening (sociale dienst, jongerenwerk) en personeel in controlerende functies (treinconducteurs, tram- en buschauffeurs). In de literatuur wordt in dit opzicht ook gewezen op leraren en medewerkers in de gezondheidszorg als risicogroepen voor PTSS en ASS, met name vanwege agressie op het werk.¹³ Een laatste categorie wordt volgens het NCvB gevormd door beroepen in de transportsector waarin ongevallen een belangrijke oorzaak van traumatische stressstoornissen vormen (bus- en vrachtwagenchauffeurs en treinmachinisten).¹⁴

8 Zie hierover de Engelse Law Commission, *Liability for psychiatric illness*, Report no. 249, Londen 1998, Part III.

9 NCvB, *Signaleringsrapport beroepsziekten 2003*, Amsterdam 2003, p. 33 en *Signaleringsrapport 2004*, Amsterdam 2004, p. 34.

10 Het NCvB vermeldt in dit opzicht dat het percentage PTSS klachten bij de politie uiteen loopt van 10 tot 35%: NCvB, 2003, p. 33. Het aantal politiemensen dat wordt aangemeld met PTSS voor behandeling bij het Topzorgprogramma Psychotrauma bij het Academisch Medisch Centrum te Amsterdam bedraagt alleen al 2/3e van het totaal aantal meldingen bij het NCvB over één jaar. Zie NCvB, 2004, p. 39.

11 Zie <http://www.beroepsziekten.nl/datafiles/E001%20traumatische%20stress%20stoornis.pdf>, 10 september 2004.

12 Zie over militairen ook: J.E. Dirkzwager, *Posttraumatic stress among Dutch military veterans: a longitudinal study* (diss. VU Amsterdam), 2002.

13 H.J.P. Buijsen en M. Bos, *Lesje geleerd? Indringende ervaringsverhalen van leraren, een gids nazorg agressie-incidenten*, Den Haag 2002; H.J.P. Buijsen en S. Buis. *Geschokt: Indringende ervaringsverhalen van verpleegkundigen*, Maarssen 1999.

14 Zie over PTSS ook de *Arbobalans 2004*, Ministerie van SZW, Den Haag, 2004, p. 27.

HOOFDSTUK 11

11.3 Psychisch letsel door gevaar voor eigen dood of letsel*11.3.1 Uitwerking vraagstelling*

Shockschade kan het gevolg zijn van het meemaken van een gebeurtenis waarbij een werknemer in gevaar heeft verkeerd voor eigen dood of letsel. De vraag is dan of, indien aangenomen kan worden dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn zorgplicht tot het voorkomen van het fysieke gevaar, daarmee direct ook vaststaat dat deze zorgplicht zich uitstrekte tot het voorkomen van het psychisch letsel dat is ontstaan in plaats van het te verwachten fysieke letsel of dat dit eerst het geval is indien aan bepaalde aanvullende voorwaarden is voldaan, bijvoorbeeld met betrekking tot de voorzienbaarheid van het psychisch letsel. Nagegaan zal worden hoe deze vraag wordt beantwoord in het Nederlandse, het Engelse en het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht. Daarbij wordt alleen gekeken naar systemen van foutaansprakelijkheid en niet naar vergoeding op no-fault basis omdat bij vergoeding op no-fault basis geen specifieke problemen rijzen. Anders dan bijvoorbeeld het geval is bij psychisch letsel als gevolg van overbelasting en/of personeelsbeslissingen,¹⁵ is het bij psychisch letsel als gevolg van het in gevaar hebben verkeerd voor eigen dood of letsel namelijk goed mogelijk om de causale relatie tussen werk en ziekte vast te stellen zonder daarbij tevens de zorgplicht van de werkgever te betrekken. Het feit dat een werknemer fysiek in gevaar heeft verkeerd, biedt een rechter namelijk voldoende aanknopingspunten om te kunnen beoordelen of er een causale relatie bestaat tussen psychische ziekte en werk. De vraag naar de te stellen voorwaarden aan de vergoeding van shockschade als gevolg van het zelf in gevaar hebben verkeerd voor eigen dood of letsel door een werknemer zal worden besproken aan de hand van het Nederlandse, het Engelse en het Amerikaanse recht. Het Duitse recht zal buiten beschouwing blijven, nu daarin geen aanknopingspunten zijn te vinden voor de beantwoording van de vragen rond de vergoeding van werkgerelateerde shockschade. Shockschade geeft naar Duits recht aanspraak op een uitkering krachtens het SGB als sprake is van een arbeidsongeval of beroepsziekte in de zin van het SGB. In de rechtspraak zijn tot dusver evenwel geen uitspraken te vinden waarin zuiver psychisch letsel als gevolg van het meemaken van een traumatische gebeurtenis op het werk is vergoed.¹⁶ Ook in de arbeidsrechtelijke literatuur is de vergoeding van shockschade tot dusver geen onderwerp van discussie.¹⁷

15 Zie hierover § 3.6.6, § 5.3.1, § 9.2.4, § 9.2.5 en § 17.3.6.

16 Er zijn wel enkele uitspraken waarin aan een werknemer een uitkering is toegerekend voor psychisch letsel als gevolg van een ongeval, maar daarin was steeds ook sprake van fysiek letsel.

17 Dit ligt anders in het algemene aansprakelijkheidsrecht. Zie hierover Verheij, diss. 2002, p. 123-134.

11.3.2 *Vergoeding van shockschade door gevaar voor eigen dood of letsel naar Nederlands recht*

Tot dusver is er weinig rechtspraak naar Nederlands recht over de vergoeding van werkgerelateerde psychische ziekte als gevolg van het op het werk in gevaar hebben verkeerd voor overlijden of letsel. Een relevante uitspraak is gedaan door de Centrale Raad van Beroep in een zaak van een medewerker van de Sociale Dienst bij wie een posttraumatische stress stoornis was vastgesteld nadat hij op het werk door een klant was mishandeld.¹⁸ De ambtenaar verzocht de Sociale Dienst om vergoeding van zijn materiële en immateriële schade onder verwijzing naar het niet nakomen door de Sociale Dienst van de norm van artikel 7:658 BW. De Sociale Dienst wees dit verzoek af, waarna de ambtenaar beroep instelde bij de rechtbank. De rechtbank vernietigde het afwijzende besluit en oordeelde dat de Sociale Dienst aansprakelijk was voor de schade van de ambtenaar.¹⁹ In hoger beroep bevestigt de CRvB deze uitspraak.

De CRvB oordeelt dat de Sociale Dienst, door de betrokken ambtenaar zonder opleiding inzake de omgang met agressie gedurende langere tijd achtereen dagelijks baliewerkzaamheden te laten verrichten, in strijd heeft gehandeld met haar zorgplicht als bedoeld in (de norm van) artikel 7:658 BW. Daarbij neemt de CRvB in aanmerking dat bij de evaluatie van het agressiebeleid in 1995 een gespreksvaardigheidstraining met speciale aandacht voor het onderkennen van soorten agressie en anti-escalatietechnieken voor alle medewerkers met publiekscontacten uit een oogpunt van veiligheid noodzakelijk is bevonden. Voorts acht de CRvB van belang dat betrokkene in strijd met de geldende rolatieafspraken die inhielden dat een medewerker niet op meer dan één dag per week met het psychisch belastende baliewerk zou worden belast, wekenlang op alle dagen van de week met die werkzaamheden is belast. De CRvB tekent daarbij nog aan dat ook de Arbeidsinspectie in 1997 het zich niet houden aan de rolatieafspraken bij het baliewerk in het algemeen als een knelpunt voor de Sociale Dienst Amsterdam heeft aangemerkt.²⁰

In de uitspraak wordt zonder aarzeling aangenomen dat de werkgever gehouden was om maatregelen te nemen om de posttraumatische stress stoornis van de ambtenaar te voorkomen. De CRvB eist niet dat de werkgever specifiek moet hebben voorzien dat de ambtenaar door de mishandeling vooral psychisch letsel zou oplopen in plaats van lichamelijk.²¹ De CRvB vindt het in dit verband vol-

18 CRvB 1 juli 2004, TAR 2004, 141. Zie over deze uitspraak ook § 4.2.3.

19 Rb. Amsterdam 11 januari 2002, TAR 2002, 46.

20 De uitspraak heeft ook betrekking op de aan de ambtenaar geboden nazorg. Hierop zal worden teruggekomen in § 11.7.2. Op het aspect van overbelasting wordt afzonderlijk teruggekomen in § 13.4.2.

21 De CRvB merkt nog wel op dat de enkele omstandigheid dat een medewerker nog geen agressietraining heeft kunnen volgen of meer dan één keer per week baliewerk heeft gedaan, niet direct een tekortkoming oplevert. In onderhavige situatie is dat echter wel het geval vanwege de combinatie van beide tekortkomingen en de ernst ervan.

HOOFDSTUK 11

doende dat het risico op letsel als zodanig kenbaar was. Of dit fysiek of psychisch letsel is, doet er naar het oordeel van de rechter kennelijk niet toe.²²

Dit oordeel is in lijn met de benadering die tot nog toe in de Nederlandse rechtspraak wordt gevolgd waar het gaat om de foutaansprakelijkheid voor letsel, namelijk dat, als sprake is van een kenbaar/voorzienbaar risico op letsel en van een concrete verplichting om maatregelen te nemen om verwezenlijking van dit risico te voorkomen, de werkgever aansprakelijk is als hij deze maatregelen niet neemt en het risico op letsel zich realiseert.²³ Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen fysiek en psychisch letsel in die zin dat specifiek één van beide vormen van letsel voorzienbaar moet zijn geweest. Voldoende is dat letsel als zodanig voorzienbaar is geweest. Was fysiek letsel voorzienbaar, maar ontstaat in plaats daarvan psychisch letsel, dan heeft dat in beginsel geen gevolgen voor het aannemen van een zorgplicht van de werkgever. Wel kan, in theorie, in het kader van de toerekening van artikel 6:98 BW worden geoordeeld dat het psychisch letsel niet (geheel) aan de werkgever kan worden toegerekend omdat dit in een te ver verwijderd verband staat tot de tekortkoming. Het ligt echter niet erg voor de hand dat in een shockschade-situatie als hier aan de orde enerzijds zou worden geoordeeld dat de werkgever een zorgplicht had (mede) ter voorkoming van de ontstane posttraumatische stress stoornis, maar deze anderzijds niet zou worden toegerekend omdat hij in te ver verwijderd verband zou staan tot de tekortkoming.

Een vergoedingsplicht van de werkgever wegens psychische ziekte als gevolg van het in gevaar hebben verkeerd voor eigen dood of letsel op het werk werd ook aangenomen in een ontslagzaak, waarin een werkneemster ontbinding van de arbeidsovereenkomst vroeg met toekenning van een vergoeding omdat zij psychisch ziek was geworden door nalatigheid van haar werkgever.²⁴ De werkneemster verzocht ontbinding omdat zij psychisch ziek was geworden (angsten, slaapproblemen en gevoelens van onrust) na meerdere inbraken te hebben meegemaakt in het filiaal waar zij werkte. Bij één daarvan was zij geconfronteerd met een roofoverval, waarbij zij met een mes en een pistool bedreigd was. In de medische rapportage van de verzekeringsarts en van het RIAGG stond vermeld dat de overval zeer ingrijpende geestelijke gevolgen voor de werkneemster had gehad.

De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst. Ten aanzien van het eventuele recht op een vergoeding overweegt de rechter dat de werkgever tekortgeschoten is bij het nemen van veiligheidsmaatregelen. Hoewel er al eerdere inbraken waren geweest, heeft hij de winkel niet laten voorzien van een inbraakalarm noch andere veiligheidsmaatregelen genomen. De rechter merkt dit nalaten aan als een ernstige tekortkoming van de werkgever, temeer nu het van algemene bekendheid is dat de detailhandel

22 De ambtenaar had overigens ook wat kneuzingen en schrammen, maar deze waren veel minder ernstig dan de psychische gevolgen van de mishandeling.

23 Zie nader § 3.3.4.

24 Ktr. Heerlen 16 februari 2000, *JAR* 2000, 52.

steeds vaker het doelwit van overvallers en inbrekers vormt. De werkgever heeft in dit opzicht niet als een goed werkgever gehandeld. Uit de overgelegde rapportages van de verzekeringsarts en het RIAGG blijkt naar het oordeel van de rechter voldoende dat de overval zeer ingrijpende geestelijke gevolgen voor de werknemers heeft gehad. Gezien deze omstandigheden acht de rechter toekenning van een vergoeding met toepassing van correctiefactor $1\frac{3}{4}$, zijnde een bedrag van f 66.250,-, billijk.²⁵

In deze uitspraak wordt in feite foutaansprakelijkheid van de werkgever aangenomen wegens het niet nemen van veiligheidsmaatregelen in een situatie waarin hiertoe wel aanleiding bestond. De rechter laat zich er hierbij niet over uit of de werkgever had kunnen voorzien dat, bij het uitblijven van maatregelen, de werknemers psychisch letsel zou kunnen oplopen. Afgaand op de uitspraak acht de rechter dit ook geen voorwaarde voor het recht op vergoeding, nu hij het reeds meer in het algemeen verwijtbaar acht dat de werkgever onvoldoende maatregelen heeft genomen om een volgende roofoverval of inbraak – met alle gevolgen daarvan – te voorkomen.²⁶

Geen vergoedingsplicht werd aangenomen in een zaak waarin een benzinepompbediende enkele maanden na indiensttreding tot twee keer toe een gewapende overval meemaakte, daardoor psychisch ziek werd en vervolgens ontbinding met toekenning van een vergoeding vroeg.²⁷ De kantonrechter achtte niet aannemelijk geworden dat de werkgever onvoldoende beveiligingsmaatregelen had genomen. Ten tijde van de eerste overval was het benzinestation al beveiligd en direct na die overval had de werkgever een beveiligingsbedrijf ingeschakeld om camera's te installeren en een vergunning aangevraagd voor verbouwing om het pompstation veiliger te maken. Voordat een en ander gereed was, vond echter alweer de tweede overval plaats. De kantonrechter was voorts van mening dat de werknemer wist dat hij, door een baan als pompbediende aan te nemen, een zeker risico nam en oordeelde dat de werknemer dit risico niet eenzijdig op de schouders van de werkgever mocht schuiven. Op dit punt kom ik in § 11.6.2 terug.

25 Dit komt neer op ongeveer 19 maandsalarissen. De werknemers was jonger dan 40, dus er is geen correctie voor leeftijd toegepast, en zij was 11 jaar in dienst.

26 De werknemers had er mijns inziens ook voor kunnen kiezen om een vordering tot schadevergoeding op grond van art. 7:658 BW of art. 7:611 BW aanhangig te maken. Of dit een hogere schadevergoeding had opgeleverd, is de vraag, nu bij het berekenen van de looptijd van de schade er vermoedelijk vanuit zou zijn gegaan dat de werknemers op enig moment weer zou herstellen van haar psychische klachten. Wel zou de schadevergoeding in beginsel netto zijn uitgekeerd, terwijl de ontbindingsvergoeding een bruto bedrag betreft.

27 Ktr. Enschede 9 november 1993, *PrG* 1993, 4001.

HOOFDSTUK 11

In de Nederlandse juridische literatuur wordt ervan uitgegaan dat, als de werkgever een verplichting heeft geschonden die primair strekte ter voorkoming van lichamelijk letsel, maar er vervolgens geen lichamelijk maar wel geestelijk letsel ontstaat, de werkgever voor de gevolgen van dit letsel aansprakelijk is, mits aan de gebruikelijke vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan.²⁸ In dit verband wordt wel gewezen op het arrest Cijssouw I van de Hoge Raad,²⁹ waarin de Hoge Raad oordeelde dat, indien een werkgever tekort is geschoten in zijn verplichting tot het nemen van de vereiste veiligheidsmaatregelen met het oog op een hem bekend gevaar (asbestziekten, niet zijnde mesothelioom), en dit verzuim de kans dat de werknemer een op dat moment onbekende ziekte (mesothelioom) oploopt in aanmerkelijke mate heeft verhoogd, de werkgever ook aansprakelijk is voor de gevolgen van deze onbekende ziekte, tenzij hij bewijst dat de ziekte ook zou zijn ontstaan als hij wel de vereiste veiligheidsmaatregelen had genomen. Analooq kan worden aangenomen dat, als een verplichting tot het voorkomen van lichamelijk letsel is geschonden, doch niet dit letsel ontstaat maar geestelijk letsel, de werkgever daarvoor in beginsel aansprakelijk is.³⁰ Voor aansprakelijkheid is dan dus niet vereist dat de werkgever kon voorzien dat er geestelijk letsel zou ontstaan, maar is het voldoende dat er sprake was van een bekend risico op het ontstaan van letsel, van wat voor aard dan ook, en dat de veiligheidsmaatregelen die de werkgever had kunnen nemen ter voorkoming van dit bekende gevaar ook het onbekende gevaar (het psychisch letsel) hadden kunnen voorkomen. Daarbij verdient wel aantekening dat, als geheel geen fysiek letsel voorzienbaar is maar alleen psychische ziekte, voor aansprakelijkheid uiteraard vereist is dat deze psychische ziekte voorzienbaar was. Bij shockschade zal hiervan echter niet vaak sprake zijn, omdat typerend voor deze vorm van schade is dat deze veelal ontstaat door schending van een verplichting die primair strekt tot bescherming tegen fysiek letsel of overlijden.³¹

11.3.3 Vergoeding van shockschade door gevaar voor eigen dood of letsel naar Engels en Amerikaans aansprakelijkheidsrecht

Uitgangspunt in het Engelse recht is dat een werknemer die psychisch ziek is geworden als gevolg van het meemaken van een schokkende gebeurtenis op het werk, waarbij hij ook in gevaar heeft verkeerd voor fysiek letsel of overlijden, aanspraak kan maken op schadevergoeding indien het voor de werkgever redelij-

28 Vgl. S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer 2000, p. 42-43.

29 HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 m.nt. PAS.

30 Tenzij hij het vermoeden van causaal verband tussen tekortkoming en letsel kan ontkrachten.

31 Een uitzondering hierop vormt shockschade die het gevolg is van een gebrek aan nazorg. Dan strekt de geschonden verplichting niet primair tot het voorkomen van lichamelijk letsel. Zie verder § 11.7.

kerwijs voorzienbaar was dat de werknemer bij het uitblijven van veiligheidsmaatregelen letsel zou oplopen. Dit letsel kan zowel fysiek als psychisch van aard zijn. Als eenmaal vaststaat dat de werknemer fysiek in gevaar heeft verkeerd, wordt niet meer als eis gesteld dat specifiek psychisch letsel voorzienbaar was. Het is dan voldoende dat enig letsel voorzienbaar was. In die zin is er geen verschil tussen het Engelse en het Nederlandse recht.

Anders dan in het Nederlandse recht wordt in het Engelse recht echter een strikte scheiding gehanteerd tussen die werknemers die fysiek in gevaar hebben verkeerd en die werknemers bij wie dit niet het geval is. De tweede groep, aangeduid als *secondary victims*, komt slechts voor vergoeding van shockschade in aanmerking als zij aan een aantal aanvullende criteria met betrekking tot nabijheid tot het ongeval voldoet (zie hiervoor § 11.3.3). Voor de eerste groep, de zogeheten *primary victims*, geldt dit niet.

Het onderscheid tussen *primary and secondary victims* is door het *House of Lords* voor het eerst gemaakt in de zaak *Alcock v Chief Constable of the South Yorkshire Police*.³² Vóór *Alcock* werd geen (expliciet) verschil gemaakt tussen *primary* en *secondary victims*, maar gold als uitgangspunt dat in alle shockschade-zaken moest worden nagegaan of het psychisch letsel redelijkerwijs voorzienbaar was.³³ De zaak *Alcock* vloeide voort uit de ramp in het *Hillsborough* voetbalstadion, waarbij een groot aantal mensen om het leven kwam of gewond raakte doordat de politie toestemming had gegeven om een toegangshek te openen zonder eerst te zijn nagegaan of degenen die werden binnengelaten niet in de vakken met Liverpool-supporters kwamen. Familieleden en vrienden van slachtoffers die in het stadion om het leven waren gekomen, vorderden vergoeding van het psychisch letsel dat zij stelden te hebben geleden door het zien of horen van het overlijden van hun verwanten of vrienden. Het *House of Lords* wees echter vrijwel al hun vorderingen af omdat zij aangemerkt moesten worden als *secondary victims* en niet voldeden aan de eisen waaronder dergelijke *secondary victims*, die wellicht het beste omschreven kunnen worden als 'omstanders', schadevergoeding kunnen vorderen.³⁴ Cruciaal is de overweging van Lord Oliver of Aylmerton "*that cases of 'liability for nervous shock' did not all raise identical issues*":

"Broadly they divide into two categories, that is to say, those cases in which the injured plaintiff was involved, either mediately or immediately, as a participant, and those in which the plaintiff was no more than the passive and unwilling witness of injury caused to others."³⁵

32 [1991] 4 All ER 907; [1992] 1 A.C. 310.

33 Vgl. Law Commission, 1998, p. 12-13.

34 Vgl. de opinie van Lord Oliver of Aylmerton in *Alcock*, p. 411-417. Het *proximity*-vereiste (nabijheidsvereiste) was al eerder geformuleerd in oudere rechtspraak, onder andere in *Bourhill v Young* [1943] AC 92, maar het expliciete onderscheid tussen *primary* en *secondary victims* stamt uit de uitspraak in *Alcock*.

35 Sub 407.

HOOFDSTUK 11

In het eerste geval is sprake van *primary victims*. De veroorzaker van het letsel is voor hun schade aansprakelijk, ook indien deze psychisch van aard is in plaats van fysiek. De tweede categorie wordt aangeduid als *secondary victims*. Zij kunnen slechts een vergoeding voor de gevolgen van psychisch letsel krijgen als zij zich nabij het ongeval hebben bevonden qua tijd, plaats, wijze van horen van het ongeval en relatie tot de fysieke slachtoffers.³⁶ Het begrip *primary victim* wordt door Lord Oliver niet nader gedefinieerd. Wel geeft hij een aantal voorbeelden van slachtoffers die naar zijn mening in deze categorie vallen, te weten slachtoffers die in gevaar hebben verkeerd voor fysiek letsel, reddingswerkers en slachtoffers die door nalatigheid van de aansprakelijke partij een ander hebben verwond of gedood of redelijkerwijs mochten menen dit te hebben gedaan. Een nadere omschrijving van de categorie *primary victims*, zoals geïntroduceerd in *Alcock*, wordt door het *House of Lords* gegeven in de zaak *Page v Smith*.³⁷ In die zaak stelde het *House of Lords* vast dat tot de *primary victims* alleen die slachtoffers behoren die zich in de fysieke gevarenzone hebben bevonden:

“Before a defendant can be held liable for psychiatric injury suffered by a primary victim, he must at least have foreseen the risk of physical injury.”

Is eenmaal vastgesteld dat fysiek letsel voorzienbaar was, dan is de *defendant* ook aansprakelijk indien in plaats van het voorziene lichamelijke letsel, geestelijk letsel is ontstaan.³⁸ Was geen fysiek letsel voorzienbaar, maar eventueel wel psychisch letsel, dan bestaat geen recht op schadevergoeding, tenzij wordt voldaan aan de vereisten waaronder *secondary victims* schadevergoeding kunnen verdienen.³⁹

36 Zie nader § 11.4.3.

37 [1995] 1 AC 155 (House of Lords). Zie over deze uitspraak ook § 7.4.2.

38 Zie ook § 7.4.1.

39 In het Engelse recht is over de precieze uitleg van *Page v Smith* veel verwarring ontstaan omdat het *House of Lords* op de ene plaats lijkt te zeggen dat ook een zorgplicht ter voorkoming van shockschade kan worden aangenomen als fysiek letsel *niet* voorzienbaar was, terwijl op andere plaatsen juist weer de eis van de voorzienbaarheid van fysiek letsel wordt benadrukt. Zie onder meer Law Commission, 1998, p. 30; F.A. Trindade, “Nervous shock and negligent conduct, *The Law Quarterly Review*, 1996, vol. 112, p. 22-27; H. Teff, “Liability for Negligently Inflicted Psychiatric Harm: Justifications and Boundaries”, *Cambridge Law Journal* 1998, p. 91 e.v. In *White* (zie de volgende noot) heeft het *House of Lords* definitief bevestigd dat de eerste opvatting – wel fysieke gevarenzone – de juiste is. De verwarring lijkt overigens ook te zijn veroorzaakt doordat het *House of Lords* de leerstukken van zorgplicht en toerekening door elkaar haalt. Zie over de toerekeningsaspecten van *Page v Smith*: § 7.4.2.

In de zaak *White and others v Chief Constable of South Yorkshire Police and others*⁴⁰ tenslotte is het onderscheid tussen *primary* en *secondary victims* nog een keer bevestigd. Ook de zaak *White* had betrekking op het Hillsborough drama, maar, anders dan in *Alcock*, ging het in *White* om vorderingen tot schadevergoeding van politiemensen uit hoofde van hun arbeidsverhouding. Het *House of Lords* oordeelde in *White* nogmaals dat slachtoffers van shockschade – of het nu werknemers zijn, hulpverleners of andere derden⁴¹ – alleen aanspraak kunnen maken op schadevergoeding indien zij in de fysieke gevarenzone hebben verkeerd of redelijkerwijs mochten menen dat dit het geval was, of voldoen aan de aanvullende vereisten, zoals die in *Alcock* en *Page v Smith* zijn geformuleerd, voor het kunnen vorderen van schadevergoeding als omstander. Het criterium van het redelijkerwijze mogen menen dat gevaar voor het eigen lijf of leven bestond, wordt overigens niet door alle Lords genoemd, zodat het niet helemaal duidelijk is of het *House of Lords* dit wel of niet heeft willen introduceren.

In de literatuur is de nodige kritiek geuit op de rechtspraak van het *House of Lords* over *primary* en *secondary victims*. Deze kritiek richt zich niet zozeer op de behandeling van *primary victims*, maar vooral op de wijze waarop onderscheid tussen *primary* en *secondary victims* wordt gemaakt en ook op de aanvullende nabijheidsvereisten die aan *secondary victims* worden gesteld alvorens zij aanspraak kunnen maken op schadevergoeding. Op deze kritiek zal worden ingegaan bij bespreking van de vraag in hoeverre werknemers die psychisch ziek zijn geworden door het zien overlijden of gewond raken van derden aanspraak kunnen maken op vergoeding van shockschade (§ 11.4). Op het feit dat werknemers die psychisch ziek zijn geworden door een gebeurtenis op het werk waarbij zij in gevaar hebben verkeerd voor eigen dood of letsel aanspraak kunnen maken op vergoeding van hun schade, bestaat vrijwel geen kritiek. Slechts een enkele schrijver is van mening dat shockschade überhaupt niet voor vergoeding in aanmerking moet komen, omdat het wel vergoeden daarvan kan leiden tot een forse toename van vorderingen, waarbij bovendien moeilijk is te beoordelen of er wel daadwerkelijk van een psychiatrische stoornis sprake is.⁴² Deze argumenten hebben echter niet exclusief betrekking op de vergoeding van shockschade, maar op de vergoeding van elke vorm van zuiver psychisch letsel.

In het Amerikaanse recht wordt, waar het de foutaansprakelijkheid van de werkgever voor letselschade van werknemers op grond van de *Federal Employers Liability Act* (FELA) betreft,⁴³ eenzelfde koers gevolgd als in het Engelse civiele recht.

40 [1999] ICR 216 (House of Lords). De uitspraak in *White* is het hoger beroep van *Frost v Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1997] 3 WLR 1194 (Court of Appeal).

41 Zie specifiek over de relatie werknemer-werkgever in het kader van shockschade § 11.4.5 en over de positie van hulpverleners § 11.6.

42 J. Stapleton, "In Restraint of Tort", in *The frontiers of liability*, ed. by P.B.H. Birks, Oxford 1994, p. 95-96.

43 Zie meer in het algemeen over FELA: § 9.3.

HOOFDSTUK 11

Psychisch letsel in de vorm van shockschade komt namelijk alleen dan voor vergoeding in aanmerking als de werknemer tevens fysiek in gevaar heeft verkeerd. Voor werknemers die psychisch ziek zijn geworden door een gebeurtenis op het werk waarbij zij in gevaar hebben verkeerd voor eigen dood of fysiek letsel is dit vereiste geen belemmering. Zij voldoen immers aan het criterium van de fysieke gevarenzone. De Amerikaanse rechter heeft zich er niet over uitgelaten of in dat geval voor aansprakelijkheid van de werkgever voor het psychisch letsel van de werknemer nog vereist is dat specifiek psychisch letsel voorzienbaar was of dat het ook voldoende is voor aansprakelijkheid dat fysiek letsel voorzienbaar was, maar in plaats daarvan psychisch letsel is ontstaan. Het tweede lijkt echter het geval te zijn, nu een werknemer die in de fysieke gevarenzone heeft verkeerd in beginsel aanspraak kan maken op vergoeding van psychisch letsel, mits aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan. Het afbakenende criterium is dat van de fysieke gevarenzone en er wordt daarnaast niet ook nog geëist dat specifiek psychisch letsel voorzienbaar moest zijn.

11.3.4 *Conclusies met betrekking tot de vergoeding van shockschade door gevaar voor eigen dood of letsel*

De Nederlandse, Engelse en Amerikaanse rechter passen, gezien voorgaande, (vrijwel) dezelfde benadering toe bij de beoordeling of psychisch letsel als gevolg van een gebeurtenis waarbij een werknemer in gevaar heeft verkeerd voor eigen dood of letsel voor vergoeding in aanmerking komt. In geen van de drie rechtstelsels wordt in een dergelijk geval geëist dat specifiek de shockschade voorzienbaar moet zijn geweest, maar is het voldoende als het fysieke letsel voorzienbaar was en er vervolgens in plaats daarvan psychisch letsel is ontstaan. Deze benadering lijkt mij ook erg voor de hand te liggen. Ervan uitgaand dat de werkgever in die situaties een verplichting heeft geschonden ter voorkoming van (fysiek) letsel en dat er als gevolg van dit tekortschieten (psychisch) letsel is ontstaan, is in beginsel aan alle aansprakelijkheidsvereisten voldaan zij het dat niet precies het soort letsel is ontstaan dat normaliter verwacht had mogen worden. Dit lijkt mij echter niet in de weg staan aan het oordeel dat de door de werkgever geschonden verplichting ook strekte ter voorkoming van het geestelijke letsel. Dit zou alleen anders zijn indien psychisch letsel beschouwd zou worden als een geheel andere schadesoort dan lichamelijk letsel waarvoor andere aansprakelijkheidsvereisten gelden. Tegen een dergelijke benadering pleit echter dat fysiek en psychisch letsel niet goed gezien kunnen worden als twee verschillende schadesoorten, alleen al niet omdat zij veelal in elkaar overvloeien en/of zich gelijktijdig voordoen, dat psychisch letsel niet minder beschadigend behoeft te zijn dan lichamelijk letsel, zodat er geen reden is deze schadesoort principieel anders te behandelen, en dat ook thans reeds recht bestaat op vergoeding van psychisch letsel als dit het gevolg is van lichamelijk letsel.⁴⁴ Worden psychisch en fysiek letsel niet als princi-

44 Zie ook § 3.2.2.

pieel andere soorten van schade gezien maar als vormen van schade die in elkaars verlengde liggen, dan moet worden aangenomen dat, indien een werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichting om een werknemer te beschermen tegen gevaar voor dood of fysiek letsel, deze verplichting tevens de plicht omvat om de werknemer te beschermen tegen psychisch letsel als gevolg van dezelfde gebeurtenis.

Iets anders is dat een bepaalde vorm van psychisch letsel zodanig ver buiten de normale lijn der verwachting kan liggen dat er geen ruimte is voor toerekening daarvan aan de werkgever. Het gaat dan echter niet om de vraag of de werkgever een zorgplicht heeft ter voorkoming van een bepaalde vorm van psychisch letsel, maar om de vraag of, als eenmaal vaststaat dat de werkgever die zorgplicht had, het door schending daarvan ontstane letsel kan worden toegerekend op een wijze als bedoeld in artikel 6:98 BW. Het is in theorie dat wordt geoordeeld dat een werkgever wel een zorgplicht had ter voorkoming van shockschade, maar dat deze shockschade niettemin niet of niet geheel wordt toegerekend. In de praktijk zal dit echter niet of nauwelijks voorkomen, omdat bij de vaststelling of een zorgplicht is geschonden en of er ruimte is voor toerekening van schade deels dezelfde criteria een rol spelen – in het bijzonder het criterium van de voorzienbaarheid – zodat niet snel geoordeeld zal worden dat de werkgever wel een zorgplicht had ter voorkoming van shockschade, maar er niettemin geen ruimte is voor toerekening daarvan.⁴⁵

11.4 Psychisch letsel door dood of letsel van een ander

11.4.1 *Uitwerking vraagstelling*

Shockschade kan niet alleen het gevolg zijn van het meemaken van een gebeurtenis waarbij een werknemer zelf in gevaar heeft verkeerd voor eigen dood of letsel, maar ook van een gebeurtenis waarbij een ander⁴⁶ gewond raakt of komt te overlijden. De vraag of een werknemer dan ook aanspraak moet kunnen maken op vergoeding van shockschade en, zo ja, onder welke voorwaarden, is in het tweede geval moeilijker te beantwoorden dan in het eerste geval. Reden daarvoor is vooral dat het niet gemakkelijk is om vast te stellen welke mate van betrokkenheid een werknemer moet hebben tot het ongeval van het fysieke slachtoffer om aanspraak te kunnen maken op schadevergoeding, oftewel, anders gezegd, hoe het beschermingsbereik van de door de werkgever geschonden norm moet worden bepaald in geval van shockschade door het zien overlijden of gewond raken van een derde. In dit verband rijst de vraag of een dergelijke afbakening kan

45 Er kan wel reden zijn om een bepaalde shockschade niet geheel toe te rekenen als deze mede het gevolg is van buiten het werk gelegen gebeurtenissen die in de risicosfeer van de werknemer vallen. Zie daarover § 3.8.

46 Deze ander is vaak een collega, maar dat is niet noodzakelijk.

HOOFDSTUK 11

geschieden aan de hand van de gebruikelijke criteria voor aansprakelijkheid en dan in het bijzonder het voorzienbaarheidsvereiste, of dat hiervoor aanvullende vereisten noodzakelijk zijn. Een andere vraag is of, waar het gaat om de aansprakelijkheid van de werkgever voor shockschade van zijn werknemers, dezelfde criteria moeten worden gehanteerd als ten aanzien van de aansprakelijkheid van de werkgever jegens een ieder, of dat de zorgplicht van de werkgever jegens zijn werknemers verder strekt.

Deze vragen zullen wederom worden behandeld aan de hand van een bespreking van het Nederlandse en het buitenlandse recht, waarna ik vervolgens zal trachten zelf enige antwoorden op de vragen te formuleren. Het Duitse recht zal, evenals bij de bespreking van psychisch letsel door gevaar voor eigen dood of verwonding, grotendeels buiten beschouwing blijven, nu hierin geen aanknopingspunten kunnen worden gevonden voor de beantwoording van vragen over de vergoeding door de werkgever van shockschade van werknemers door het zien overlijden of gewond raken van een derde.

Aan de vergoeding van psychisch letsel als gevolg van het overlijden of gewond raken van een ander op no-fault basis zal afzonderlijk aandacht worden besteed, omdat het ook daarbij noodzakelijk kan zijn om een afbakening te maken van de kring van werknemers die gerechtigd zijn tot vergoeding van shockschade, maar een dergelijke afbakening zich moeilijk lijkt te verdragen met het feit dat aan aansprakelijkheidscriteria als criteria als tekortschieten door de werkgever, relativiteit e.d. formeel geen betekenis toekomt binnen een no-fault vergoedingssysteem.

11.4.2 *Afbakening beschermingsbereik geschonden norm bij shockschade door dood of letsel van een ander naar Nederlands recht*

In het Nederlandse algemene aansprakelijkheidsrecht wordt de vraag in hoeverre een slachtoffer van shockschade aanspraak kan maken op schadevergoeding wegens het zien overlijden of gewond raken van een derde beantwoord aan de hand van het relativiteitsvereiste.⁴⁷ Dit vereiste, dat is neergelegd in artikel 6:163 BW, houdt in dat:

“geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.”

⁴⁷ Door Verheij wordt deze vraag in de sleutel van de juridische causaliteit gezet. Zie Verheij, diss. 2002, p. 182. De Hoge Raad behandelt de vaststelling van het beschermingsbereik van een geschonden norm echter als een kwestie van relativiteit, in aansluiting bij art. 6:163 BW. Zie ook S.D. Lindenbergh, “Schade door geestelijk letsel als gevolg van een schokkende gebeurtenis”, *AV&S* 2002, p. 66.

Waar het gaat om shockschade moet op grond van dit artikel worden nagegaan in hoeverre een aansprakelijke partij die is tekortgeschoten in de nakoming van een verplichting ter voorkoming van het overlijden of gewond raken van een slachtoffer tevens is tekortgeschoten in de nakoming van een verplichting ter voorkoming van shockschade van degene die het overlijden of het gewond raken heeft waargenomen of daarvan na afloop op de hoogte is geraakt. Artikel 6:163 BW is niet van toepassing op de aansprakelijkheid van de werkgever wegens niet-nakoming van verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst. Ook in het arbeidsrecht moet echter aan het relativiteitsvereiste worden voldaan. Het vereiste gaat in dat geval op in de toets of de werkgever jegens een bepaalde werknemer is tekortgeschoten in zijn verplichtingen. De toetsing of aan het relativiteitsvereiste is voldaan, vormt in het arbeidsrecht dus onderdeel van de toetsing of schending van de zorgplicht recht geeft op schadevergoeding. In een zaak die in 2001 werd voorgelegd aan de rechtbank 's-Gravenhage was de vraag aan de orde, zij het impliciet, of een militair (een ambtenaar) jegens zijn werkgever aanspraak kon maken op schadevergoeding omdat hij psychisch ziek was geworden door het overlijden van zijn groepscommandant.⁴⁸ De zaak is bijzonder omdat de groepscommandant door de militair zelf was doodgeschoten. Reden hiervoor was dat het wapen van de militair, tijdens het ontladen ervan, onverwachts afging. Het ongeval vond plaats tijdens de uitzending van de militair naar Libanon. De militair is door het Hoog Militair Gerechtshof vrijgesproken van strafvervolgning omdat het hem tenlastegelegde (dood door schuld) niet bewezen werd geacht. De militair heeft door het gebeurde een posttraumatische stress stoornis (PTSS) opgelopen. Hij stelt zijn werkgever, de staatssecretaris van Defensie, voor de gevolgen hiervan aansprakelijk. Defensie is bereid om 50% van de schade te vergoeden, maar niet meer dan dat vanwege het eigen aandeel van de militair in de gebeurtenissen. Bij de rechtbank is de vraag aan de orde of dit besluit van Defensie in stand kan blijven.

De rechtbank 's-Gravenhage stelt vast dat de PTSS van de militair het gevolg is van de uitoefening van zijn werkzaamheden als bedoeld in (de norm van) artikel 7:658 BW. Vervolgens gaat de rechtbank na of Defensie is tekortgeschoten in haar verplichtingen. Dit is volgens de rechtbank het geval. Uit diverse in het dossier opgenomen verklaringen blijkt dat de discipline in de eenheid waar de militair ten tijde van het incident dienst deed verre van optimaal was. Bij het ontladen van wapens na afloop van wacht-diensten was sprake van een gebrek aan leiding en controle. Dat had tot gevolg dat het ontladen structureel ongecontroleerd en niet overeenkomstig de daarvoor geldende procedures geschiedde. Dat heeft, mede, tot het schietincident geleid. Deze gang van zaken is Defensie aan te rekenen, aldus de rechtbank. Ten aanzien van het causaal verband overweegt de rechtbank dat het gebrek aan discipline, waardoor mogelijk ook de reeds eerder gebleken storingen aan het wapen van de militair niet zijn onderkend, het risico heeft vergroot dat een incident zoals het gebeurde heeft kunnen plaatsvinden.

48 Rb. 's-Gravenhage 2 augustus 2001, TAR 2001, 118 en – specifiek over eigen schuld – Rb. 's-Gravenhage 17 oktober 2002, TAR 2002, 170.

HOOFDSTUK 11

Nu dit risico zich heeft verwezenlijkt, is het causale verband tussen het nalaten van Defensie en de door het schietincident ontstane schade in beginsel een gegeven. Defensie is er niet in geslaagd te bewijzen dat de schade ook zou zijn ontstaan, indien de discipline in het algemeen en bij het volgen van de ontladingsprocedure in het bijzonder zou zijn gehandhaafd. Nu er geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de militair, dient Defensie de schade van de militair volledig te vergoeden.⁴⁹

De norm die in deze zaak is geschonden, hield in dat Defensie de discipline in de eenheid waar de militair dienst deed, moest handhaven, in het bijzonder bij het ontladen van wapens. De vraag deed zich derhalve voor of deze verplichting, behalve tot het voorkomen van het overlijden van de commandant, ook strekte tot het voorkomen van de PTSS van de militair. Deze vraag wordt in de uitspraak echter niet met zoveel woorden gesteld. De rechtbank neemt zonder veel omhaal aan dat de verplichting om de discipline bij het ontwapenen te handhaven ook strekte ter bescherming tegen het psychisch letsel van de militair. Naar alle waarschijnlijkheid heeft dit te maken met het feit dat de militair zelf de dood van zijn commandant heeft veroorzaakt. Daardoor is zijn betrokkenheid bij het ongeval groter dan die van een werknemer die het ongeval alleen heeft *zien* gebeuren of er alleen van heeft gehoord.⁵⁰ Dit verklaart vermoedelijk ook waarom in de uitspraak niet wordt nagegaan of de militair wel een voldoende nauwe band met zijn groepscommandant had om te kunnen aannemen dat hij binnen het beschermingsbereik van de geschonden norm viel. In het, hierna nog te bespreken, Kindertaxi-arrest van de Hoge Raad⁵¹ heeft het bestaan van een nauwe affectieve relatie wel een rol gespeeld bij het aannemen van aansprakelijkheid. Ook in de literatuur wordt dit door verschillende schrijvers als een belangrijk criterium beschouwd.⁵² In de zaak van de militair lijkt evenwel zijn causale betrokkenheid bij het ongeval doorslaggevend te zijn geweest voor het oordeel dat zijn schade binnen het beschermingsbereik van artikel 7:658 BW viel.⁵³

49 De rechtbank had aanvankelijk in de eerste uitspraak, *TAR* 2001, 118, geoordeeld dat er aanleiding zou kunnen zijn om de schade over partijen te verdelen aan de hand van het bepaalde in art. 6:101 BW. In de tweede uitspraak, *TAR* 2002, 170, komt de rechtbank hier op terug, omdat de CRvB inmiddels heeft beslist dat eigen schuld alleen bij een ambtenaar in rekening mag worden gebracht als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Hiervan is volgens de rechtbank geen sprake.

50 In dezelfde zin A.J. Verheij, "Vergoeding van shockschade sinds HR 22 februari 2002", *Letsel & Schade* 2002, p.7.

51 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240.

52 Verheij, diss. 2002, p. 183-187; H.W. Holzhauser, "Psychische schade in het aansprakelijkheidsrecht", *RM Themis* 1986, p. 28.

53 Ook in het Engelse recht wordt in een geval waarin de werknemer een ongeval veroorzaakt heeft, en ook in het geval de werknemer denkt en mocht denken een ongeval te hebben veroorzaakt, terwijl dit niet zo blijkt te zijn, gemakkelijk aansprakelijkheid voor shockschade aangenomen. Vgl. *Galt v British Railways Board*, [1983] *NLJ* 870 (QB). Zie verder § 11.5.

Gelet hierop kunnen uit deze uitspraak geen algemene conclusies worden getrokken ten aanzien van de reikwijdte van de zorgplicht van de werkgever ter voorkoming van shockschade van een werknemer die een ongeval alleen ziet gebeuren. Daardoor blijft vooralsnog de vraag onbeantwoord hoe het beschermingsbereik van de zorgplicht van de werkgever ter voorkoming van shockschade door het waarnemen van een ongeval afgebakend moet worden. Teneinde meer licht te werpen op deze vraag is het noodzakelijk om na te gaan hoe wordt omgegaan met de aansprakelijkheid voor shockschade in het algemene aansprakelijkheidsrecht en dient in het bijzonder aandacht te worden besteed aan het Kindertaxi-arrest van de Hoge Raad.⁵⁴

In dit arrest, waarin het ging om een verkeersongeval, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat verkeers- en veiligheidsnormen mede strekken tot bescherming tegen geestelijk letsel van diegenen bij wie een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht door het waarnemen van of de directe confrontatie met de ernstige gevolgen van een ongeval waarbij een ander wordt gedood of gekwetst. Dit geestelijk letsel zal zich volgens de Hoge Raad met name kunnen voordoen bij iemand die een nauwe affectieve relatie heeft of had met de gewonde of overledene. De Hoge Raad bakent de kring van gerechtigden tot schadevergoeding wegens shockschade dus af aan de hand van een aantal factoren, te weten of er een veiligheids- of verkeersnorm is geschonden, of er sprake is van overlijden of verwonding door een ongeval, en of een hevige emotionele schok is veroorzaakt bij degene die rechtstreeks met de gevolgen van het ongeval wordt geconfronteerd. Niet vereist is, aldus de Hoge Raad, dat degene met shockschade bij het ongeval aanwezig was en dus evenmin dat deze zelf in gevaar heeft verkeerd.

“Voldoende is dat een rechtstreeks verband bestaat tussen het gevaarzettend handelen enerzijds en het geestelijk letsel dat een derde door de confrontatie met dit handelen oploopt anderzijds. Deze confrontatie kan ook plaatsvinden (kort) nadat de gebeurtenis die tot de dood of verwonding van een ander heeft geleid, heeft plaatsgevonden.”

Samengevat komt het er dus op neer dat naar algemeen aansprakelijkheidsrecht (artikel 6:162 BW) shockschade wegens de confrontatie met een gebeurtenis waarbij een derde overlijdt of gewond raakt voor vergoeding in aanmerking kan komen als (1) een verkeers- of veiligheidsnorm is geschonden, (2) sprake is van een hevige emotionele schok (hetgeen met name het geval zal zijn als een nauwe affectieve relatie met het fysieke slachtoffer bestond) en (3) deze schok het gevolg is van een rechtstreekse confrontatie met de omstandigheden waaronder het ongeval heeft plaatsgevonden.⁵⁵

54 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240.

55 De Engelsen spreken in dat geval van de *immediate aftermath*.

HOOFDSTUK 11

Het Kindertaxi-arrest heeft aanleiding gegeven tot een groot aantal commentaren en artikelen.⁵⁶ Ook vóórdat dit arrest werd gewezen, werd in de literatuur reeds uitgebreid gediscussieerd over de vraag hoe de kring van gerechtigden in geval van shockschade af te bakenen. Sommige schrijvers pleitten in dit verband voor toepassing van het criterium van de fysieke gevarenzone,⁵⁷ dat wil zeggen dat alleen die slachtoffers voor schadevergoeding in aanmerking komen die zelf fysiek in gevaar hebben verkeerd. Anderen hebben een lans gebroken voor toepassing van het criterium van de emotionele gevarenzone, te weten dat alleen degenen met een emotionele band met het slachtoffer, bijvoorbeeld de naaste verwanten, aanspraak kunnen maken op schadevergoeding.⁵⁸ Ook is wel voorgesteld om de afbakening tussen wel en niet gerechtigden tot schadevergoeding niet te maken aan de hand van het relativiteitsvereiste, maar aan de hand van de toerekeningscriteria als genoemd in artikel 6:98 BW.⁵⁹ De Hoge Raad heeft in het Kindertaxi-arrest geen van deze drie benaderingen gevolgd. Het criterium van de fysieke gevarenzone wordt door de Hoge Raad verworpen met de hiervoor geciteerde overweging dat voor aansprakelijkheid niet vereist is dat het slachtoffer van shockschade bij het ongeval aanwezig is geweest en dus evenmin dat deze zelf in gevaar heeft verkeerd. Evenmin lijkt de Hoge Raad te eisen dat steeds sprake moet zijn van een nauwe affectieve relatie, al zal het bestaan van een dergelijke relatie wel meebrengen dat gemakkelijker aansprakelijkheid wordt aangenomen dan wanneer dit niet het geval is. Ook het criterium van de emotionele gevarenzone wordt dus niet (geheel) gevolgd. Eén en ander betekent niet dat de Hoge Raad het relativiteitscriterium overboord gooit⁶⁰ en enkel toetst aan de criteria van artikel 6:98 BW. De Hoge Raad gaat namelijk na jegens wie de normschending onrechtmatig is en beperkt zich niet tot een toetsing aan de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade.

-
- 56 Een greep hieruit: M.A.J.M. Buijsen, "Samenloop van shock- en affectieschade", *Sociaal Recht* 2002, p. 127-128; H.J. den Hollander, "Affectie, shock en geld", *TVP* 2002, p. 33-42 met een naschrift van A.J. Van, "Het Kindertaxi-arrest: de visie van de belangenbehartiger", p. 43-44; Lindenbergh, *AV&S* 2002, p. 63-73; G.E. van Maanen, "Het shockschade-arrest van 22 februari 2002", *NJB* 2002, p. 1102-1107; Verheij, *Letsel & Schade* 2002, p. 5-13.
- 57 In het bijzonder door Lindenbergh. Zie S.D. Lindenbergh, "Schrik, onrechtmatigheid en schade", *RM Themis* 1997, p. 186 en p. 193. Zie ook S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer 1998, p. 146-149.
- 58 In het bijzonder door A.J. Verheij, "Shockschade", *NJB* 1999, p. 1409-1416 en "Shock- en schrikschade, Hof Amsterdam, 27 april 2000, rolrn. 438/99", *TVP* 2000, p. 41-43.
- 59 Vgl. R.J.P. Kottenhagen, "Recente rechtspraak inzake shockschade: een doorbraak?", *Letsel & Schade* 2000, p. 4-10 en Verheij, diss. 2002, p. 182.
- 60 Hetgeen ook zou betekenen dat de Hoge Raad contra legem zou gaan, nu dit beginsel is neergelegd in art. 6:163 BW.

De toetsing door de Hoge Raad laat redelijk wat ruimte voor het aannemen van aansprakelijkheid voor shockschade. Deze ruimte is echter niet onbegrensd. De Hoge Raad eist immers dat een rechtstreekse confrontatie moet plaatsvinden met de omstandigheden waaronder het ongeval is gebeurd en dat een verkeers- of veiligheidsnorm moet zijn geschonden. Verder maakt de Hoge Raad gewag van de hevige emotionele schok als voorwaarde voor aansprakelijkheid. Het is echter twijfelachtig of hierbij van een algemene voorwaarde sprake is, omdat de Hoge Raad in andere arresten heeft geoordeeld dat psychisch letsel dat niet het gevolg was van een hevige schok niettemin voor vergoeding in aanmerking kwam.⁶¹ Het is echter mogelijk dat de Hoge Raad, waar het gaat om de vergoeding van shockschade door het zien overlijden of gewond raken van een derde, wel als vereiste wil stellen dat het psychisch letsel het gevolg is van een hevige emotionele schok. Het Kindertaxi-arrest staat in de sleutel van artikel 6:162 BW.⁶² De door de Hoge Raad in dit arrest ontwikkelde criteria kunnen daarom niet één op één worden toegepast op de arbeidsrechtelijke zorgplicht van de werkgever. Wel kunnen deze criteria worden betrokken bij de invulling van de arbeidsrechtelijke zorgplicht van de werkgever ter voorkoming van shockschade. Eén en ander zal nader worden uitgewerkt in § 11.4.5 en § 11.4.6, waarin ik mijn eigen opvatting over de afbakening van het beschermingsbereik van de zorgplicht van de werkgever ten aanzien van shockschade van werknemers zal weergeven.

11.4.3 *Afbakening beschermingsbereik geschonden norm bij shockschade door dood of letsel van een ander naar Engels aansprakelijkheidsrecht*

Rechtspraak

In het Engelse aansprakelijkheidsrecht wordt de vraag in hoeverre een slachtoffer van shockschade aanspraak kan maken op schadevergoeding wegens het zien overlijden of gewond raken van een derde niet beantwoord aan de hand van het relativiteitsvereiste, maar aan de hand van de invulling van de zorgplicht van de werkgever of andere aansprakelijke partij. Beslissend is of de werkgever/andere aansprakelijke partij een *duty of care* had jegens het slachtoffer met shockschade. Bij de beoordeling of dit het geval is, wordt, zoals reeds vermeld in § 11.3.3, onderscheid gemaakt tussen *primary* en *secondary victims*. *Primary victims* zijn die slachtoffers van shockschade die tevens in gevaar hebben verkeerd voor fysiek letsel. Zij kunnen aanspraak maken op vergoeding van shockschade, ook indien

61 Vgl. HR 1 juli 1993, NJ 1993,667 (Nuts/Hofman); HR 1 november 1996, NJ 1997, 134 (Kraaiende krielhanen II) en HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 (Kip en Sloetjes/Rabobank).

62 Althans, om nog preciezer te zijn, art. 185 WWV (aanrijding tussen gemotoriseerde en niet-gemotoriseerde verkeersdeelnemer.) De hier van belang zijnde vraag – bestaat er recht op vergoeding van shockschade of niet – wordt bij dat artikel echter op dezelfde wijze beantwoord als bij art. 6:162 BW.

HOOFDSTUK 11

de shockschade als zodanig niet voorzienbaar was. *Secondary victims* of omstanders zijn diegenen die niet in de fysieke gevarenzone hebben verkeerd, maar psychisch ziek zijn geworden door het zien of horen van een ongeval. Zij kunnen aanspraak maken op schadevergoeding als zij (1) een nauwe affectieve relatie hadden met het fysieke slachtoffer, (2) zich in plaats en tijd nabij de schokkende gebeurtenis hebben bevonden en (3) deze gebeurtenis of de onmiddellijke afloop ervan met eigen ogen hebben waargenomen en niet alleen van een derde ervan hebben gehoord. Bovendien mag bij de beoordeling van aansprakelijkheid in dat geval acht worden geslagen op de gebeurtenis zoals deze zich feitelijk heeft afgespeeld en hoeft niet alleen gekeken te worden naar de voorzienbaarheid op het moment zelf én mag van het shockschade-slachtoffer een normale weerstand tegen psychisch letsel verwacht worden.

Zoals eerder opgemerkt,⁶³ heeft het *House of Lords* het onderscheid tussen *primary* en *secondary victims* geïntroduceerd in de zaak *Alcock v Chief Constable of the South Yorkshire Police*⁶⁴ en daarna verder uitgewerkt en bevestigd in de zaken *Page v Smith*⁶⁵ en *White and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police and others*.⁶⁶ In *White* heeft het *House of Lords* bovendien beslist dat de aanvullende vereisten – door het *House of Lords* ook wel aangeduid als *control mechanisms* – die voor *secondary victims* gelden in het algemene aansprakelijkheidsrecht, ook van toepassing zijn indien een werknemer zijn werkgever aanspreekt tot vergoeding van zijn shockschade. In beide gevallen is, aldus de Lords, *tort law* de basis voor aansprakelijkheid. Lord Steyn drukt dit als volgt uit:

“It is a non sequitur to say that because an employer is under a duty to an employee not to cause him physical injury, the employer should as a necessary consequence of that duty (of which there is no breach) be under a duty not to cause the employee psychiatric injury. (...) The rules to be applied when an employee brings an action against his employer for harm suffered at his workplace are the rules of tort. One is therefore thrown back to the ordinary rules of the law of tort which contain restrictions on the recovery of compensation for psychiatric harm.”⁶⁷

Het *House of Lords* kiest er dus voor om de eventuele aansprakelijkheid van de werkgever niet te baseren op diens zorgplicht jegens zijn werknemers op basis van de arbeidsrelatie, maar op criteria uit het algemene aansprakelijkheidsrecht. De belangrijkste reden hiervoor is dat het *House of Lords* niet wil dat de politiemensen gunstiger behandeld worden dan de familieleden en vrienden van de

63 Zie § 11.3.3.

64 *Alcock v Chief Constable of the South Yorkshire Police* [1991] 4 All ER 907; [1992] 1 A.C. 310.

65 [1995] 1 AC 155 (House of Lords).

66 *White and others v. Chief Constable of South Yorkshire Police and others* [1999] ICR 216.

67 [1999] ICR, p. 255.

omgekomen of ernstig verwonde slachtoffers. Zou de vordering van de werknemers in *White* worden toegewezen, dan zou, aldus het *House of Lords*, een onge-rechtvaardigde vorm van ongelijke behandeling ontstaan tussen de werknemers enerzijds (de politieagenten) en de andere slachtoffers van het Hillsborough drama, van wie de vorderingen in *Alcock* waren afgewezen omdat ze niet voldeden aan de vereisten waaronder een *secondary victim* schadevergoeding kan vorderen, anderzijds. Daarnaast speelt het argument van de *floodgates* een rol. Het *House of Lords* vreest dat een groot aantal werknemers vergoeding van psychisch letsel kan vorderen indien niet de aanvullende criteria zoals ontwikkeld in het algeme-n aansprakelijkheidsrecht van toepassing zijn, maar de werknemer zich rechtstreeks kan beroepen op de zorgplicht die de werkgever uit hoofde van de arbeidsrelatie heeft voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemer. Vorderingen van werknemers worden daarom, als zij als omstanders moeten worden aangemerkt, beheerst door dezelfde *control mechanisms* ten aanzien van nabijheid, relatie met het fysiek gewonde of overleden slachtoffer en het beschikken over een normale weerstand als vorderingen van andere omstanders.

In de praktijk zullen werknemers niet snel aan deze vereisten kunnen voldoen, alleen al niet omdat zij in de regel geen nauwe affectieve relatie zullen hebben met het fysieke slachtoffer. Een dergelijke relatie wordt namelijk vooral aanwezig geacht bij familiebanden en niet snel bij vriendschapsbanden of collegiale relaties. De uitspraak in *Robertson and Rough v Forth Road Bridge Joint Board* is hiervan een illustratie.⁶⁸ In deze zaak stond de vraag centraal of twee werknemers jegens hun werkgever recht hadden op vergoeding van de shockschade die zij hadden geleden door het zien overlijden van een derde werknemer. De werknemers waren met zijn drieën bezig met een klus, toen de derde werknemer, door een onver-wacht heftige windvlaag, van de truck waar hij op zat werd afgeslingerd over een brug heen de diepte in. Het stond vast dat de werkgever jegens de omgekomen werknemer nalatig was geweest. De vraag was echter of de zorgplicht die de werkgever jegens de omgekomen werknemer had, zich ook uitstreckte tot het voorkomen van het psychisch letsel van Robertson en Rough.

De Schotse rechter, het Court of Session, oordeelde dat dit niet het geval. Werknemers zijn, aldus het Court of Session, in een geval waarin zij een collega zien overlijden of gewond raken, aan te merken als omstanders en er moet van worden uitgegaan dat zij over voldoende psychische weerstand beschikken om de schok van een dergelijke gebeurtenis te kunnen opvangen. Er is geen reden om een werknemer in juridisch opzicht anders te behandelen dan andere omstanders omdat hij tevens werknemer is. Robertson en Rough zouden daarom alleen voor schadevergoeding in aanmerking komen indien (1) zij een hechte band hadden met het slachtoffer, bijvoorbeeld een familieband, (2) zij reddingswerkers waren, (3) het ongeluk zodanig verschrikkelijk was dat alle personen met een normale weerstand daardoor psychisch letsel zouden hebben opgelopen, of (4) zij zelf, als gevolg van nalatigheid van hun werkgever, het

68 *Robertson and Rough v Forth Road Bridge Joint Board*, [1995], IRLR 251.

HOOFDSTUK 11

ongeval hadden veroorzaakt of dachten het te hebben veroorzaakt. Zij vielen echter niet in één van deze categorieën en konden daarom geen vergoeding van hun psychisch letsel vorderen.

Robertson en Rough hadden aangevoerd dat zij wel degelijk een nauwe band hadden met de omgekomen werknemer, met name Robertson die het grootste deel van zijn werkende leven samen met de omgekomen collega had doorgebracht, veelal samen met hem naar het werk liep en wekelijks met hem wat ging drinken na het werk. De rechters achtten dit echter niet voldoende om een nauwe affectieve relatie aan te nemen in de hier bedoelde zin.⁶⁹

Omdat het voor werknemers (en overigens ook voor andere slachtoffers) moeilijk is om te voldoen aan de aanvullende criteria voor aansprakelijkheid van de werkgever voor shockschade van *secondary victims*, is het voor hen een groot voordeel indien zij aangemerkt kunnen worden als *primary victims*. In veel Engelse uitspraken staat dan ook de vraag centraal of een bepaalde werknemer moet worden aangemerkt als een *primary* of als een *secondary victim*. Het onderscheid tussen *primary* en *secondary victims* blijkt echter vaak lastig. De uiteindelijke kwalificatie hangt sterk af van de feiten van het concrete geval.

Zo oordeelde het *Court of Appeal* in de zaak *McFarlane v EE Caledonia Ltd.*⁷⁰ uit 1993 dat McFarlane niet als een *primary victim* kon worden aangemerkt omdat hij ten tijde van de ramp op booreiland de *Piper Alpha* – waarbij meerdere ontploffingen en branden plaatsvonden en 164 mensen om het leven kwamen – niet daadwerkelijk in gevaar had verkeerd voor zijn eigen leven en ook niet redelijkerwijs had mogen aannemen dat dit het geval was. McFarlane bevond zich op een reddingsschip dat gedurende ongeveer twee uur op een afstand van 50 tot 70 meter van het booreiland had gevaren en had de ramp vanaf dat schip gezien. Ook had hij een andere reddingsboot zien kapseizen.

In de literatuur is naar aanleiding hiervan opgemerkt dat het niet meer dan normaal is dat een werknemer die een ramp als die op de *Piper Alpha* van zo nabij meemaakt als in het geval van McFarlane, daardoor psychisch klachten ontwikkelt, zeker als in aanmerking wordt genomen dat McFarlane kon denken dat zijn

69 Op de categorie reddingswerkers kom ik nog terug in § 11.6 en op de categorie *involuntary participants* in § 11.5.

70 [1994] 2 All ER 1 (Court of Appeal). Zie ook de vergelijkbare uitspraak in *Hegarty v EE Caledonia Ltd.* en *McFarlane v Wilkinson and another* [1997] Lloyd's Reps 259 (Court of Appeal). In deze gevoegd behandelde zaken werd geen beroep gedaan op de ongeschreven zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid en gezondheid van werknemers, maar op een wettelijke verplichting van de werkgever met betrekking tot de veiligheid op offshore installaties. De toets die het *Court of Appeal* toepast bij de beoordeling van respectievelijk aansprakelijkheid wegens schending van de ongeschreven zorgplicht van de werkgever en *statutory liability* vertoont echter sterke overeenkomsten. Zie ook § 7.3.2.

schip nog dichter naar het booreiland toe zou gaan dan tot een afstand van 50 meter.⁷¹ De rechter in eerste aanleg was bovendien op basis van videobeelden die van de ramp waren gemaakt en waarop ook het schip van McFarlane was te zien, tot de conclusie gekomen dat McFarlane wel degelijk voor zijn leven mocht vrezen. Het *Court of Appeal* kwam echter tot een tegengesteld oordeel, op basis van dezelfde videoband.

In de zaak *Young v Charles Church (Southern) Ltd and Another* uit 1997⁷² werd werknemer Young wel als een *primary victim* aangemerkt. Young was met twee collega's bezig met het neerzetten van steigers. Nadat hij een onderdeel aan een collega had overhandigd, keerde hij zich om om een volgend onderdeel te pakken. Op dat moment raakte de collega een boven hem hangende elektriciteitskabel aan en werd geëlektrocuteerd. Bij Young bracht dit ongeval psychische klachten teweeg. Het *Court of Appeal* was van mening dat Young fysiek in gevaar was geweest omdat hij zich dichtbij de collega had bevonden op het moment van het ongeluk. Hij kon daarom als *primary victim* aanspraak maken op schadevergoeding. Eén van de drie rechters van het *Court of Appeal* vond echter dat Young moest worden aangemerkt als een *secondary victim* omdat hij alleen als *observer* het ongeval zou hebben zien gebeuren.⁷³ Young zelf had overigens aangevoerd dat hij psychisch ziek was geworden door de dood en verwonding van zijn collega en niet door gevaar voor zijn eigen leven. Het *Court of Appeal* toetste niettemin ook aan dat laatste aspect.

Iets soortgelijks gebeurde in de zaak *Schofield v Chief Constable of West Yorkshire Police*.⁷⁴ Ook daarin stelde een werkneemster dat zij psychisch ziek (PTSS) was geworden door het meemaken van een schokkende gebeurtenis op het werk, maar niet dat zij daarbij voor haar leven had gevreesd. De werkneemster, een politieagente, was met een mannelijke collega naar een huis gegaan waar geweren waren gevonden. De twee vrouwen die de wapens hadden gevonden, overhandigden deze aan de agenten in een smalle slaapkamer. Op dat moment schoot de collega opeens onverwacht meerdere keren met een geweer in een bed. Hij haalde de trekker zes keer over. Drie kogels gingen niet af; drie wel. Deze gingen

71 Vgl. Butler, 2002, p. 101.

72 Kenbaar uit The Times, 1 May 1997 (Court of Appeal).

73 Een enigszins vergelijkbare casus is te vinden in de zaak *Campbell v North Lanarkshire Council* [1999] Scot CS 163 (30 June 1999), waarin een electricien met collega's bezig was aan een klus in de schakelkamer. Op een moment dat de werknemer de ruimte even verliet, hoorde hij een explosie. Hij rende vervolgens terug en zag dat sommige collega's ernstig verbrand waren. Hij belde daarop het ziekenhuis en bleef bij zijn collega's tot zij naar het ziekenhuis waren gebracht. Later ontwikkelde hij depressieve klachten door deze gebeurtenis. De rechter oordeelde ook in deze zaak dat nagegaan moest worden of Campbell ook zelf fysiek in gevaar had verkeerd of dat hij 'alleen' als omstander zijn collega's had bijgestaan.

74 [1999] ICR 193 (Court of Appeal).

HOOFDSTUK 11

door het bed heen en veroorzaakten schade aan de vloer en het plafond van de verdieping eronder. Het *Court of Appeal* oordeelde ook in deze zaak dat de werknemster als *primary victim* moest worden aangemerkt, nu zij samen met haar collega-agent een opdracht aan het uitvoeren was en zij betrokken was bij het schietincident en geen toevallige omstander was. Zij kon daarom aanspraak maken op schadevergoeding.

Onderscheid primary and secondary victims

Uit deze uitspraken blijkt dat het moeilijk te voorspellen is of een werknemer nu wel of niet zal worden aangemerkt als een *primary victim*. Zelfs indien een werknemer zelf primair stelt ziek te zijn geworden door het meemaken van de schokkende gebeurtenis, kan de rechter nog van oordeel zijn dat er tevens sprake was van een gevaar voor fysiek letsel. In de Engelse literatuur is vanwege dit veelal onduidelijke onderscheid tussen *primary* en *secondary victims* kritiek geuit op de rechtspraak van het *House of Lords*. Teff spreekt in dit opzicht van een “*distinctly tenuous divide*” tussen *primary* en *secondary victims*.⁷⁵ Het onderscheid maakt naar zijn mening de verwarring over de vraag in hoeverre psychisch letsel voor vergoeding in aanmerking komt alleen maar groter. In combinatie met het feit dat een slachtoffer een grotere kans heeft op toewijzing van zijn vordering tot schadevergoeding als hij als *primary victim* wordt aangemerkt, zal een en ander in zijn optiek leiden tot een toename van het aantal procedures hierover. Ook Trindade merkt op dat het onderscheid tussen degenen die zich wel en niet in de fysieke gevarenzone bevinden lastig te maken is. Zij wijst op het voorbeeld dat Lord Ackner in *Alcock* noemde, van een tankwagen die een school binnenrijdt en daar in brand vliegt. De vraag is of de kinderen op het schoolplein zich dan ook in de gevarenzone bevinden, en hoe dit ligt ten aanzien van ouders of vrienden die kinderen komen ophalen of personen die toevallig langslopen en vrezen door een explosie van de tankwagen geraakt te worden. Ook noemt zij het voorbeeld van een aanrijding waarbij een bus of trein betrokken is. De vraag is dan van welke passagiers uit de bus of trein gezegd kan worden dat zij zich in de fysieke gevarenzone hebben bevonden.⁷⁶

Kritiek wordt ook geuit door de *Law Commission*. In haar rapport ‘*Liability for psychiatric illness*’⁷⁷ merkt de Commissie op niet overtuigd te zijn van het nut van het onderscheid tussen *primary* en *secondary victims*. Nadeel van het onderscheid is naar het oordeel van de Commissie dat de grens tussen degenen die wel binnen de fysieke gevarenzone vallen en degenen bij wie dat niet het geval is, veelal arbitrair is. Verder steunt het onderscheid in wezen op de opvatting dat fysiek letsel eerder voor vergoeding in aanmerking komt dan psychisch letsel. Dit acht de Commissie, in aanmerking nemend dat ook psychische ziekten ernstig kunnen

75 Teff, *Cambridge Law Journal* 1999, p. 112.

76 Trindade, *The Law Quarterly Review*, 1996, p. 24. Zij noemt ook nog andere voorbeelden.

77 Law Commission, 1998, p. 77-80.

zijn, niet terecht. Ten derde merkt de Commissie op dat een psychische ziekte ook kan ontstaan in situaties waarin een slachtoffer niet fysiek in gevaar heeft verkeerd, bijvoorbeeld doordat een werknemer overbelast is geraakt door een te hoge werkdruk.

Aanvullende vereisten voor aansprakelijkheid voor shockschade secondary victims

Niet alleen op het onderscheid tussen *primary* en *secondary victims* is kritiek gekomen in de literatuur, maar ook op de aard van de aanvullende vereisten voor aansprakelijkheid voor shockschade van *secondary victims*. Stapleton beschrijft de rechtspraak waarin deze vereisten zijn gesteld als een “*affront to public decency*” en als “*the area where the silliest rules now exist and where criticism is almost universal.*”⁷⁸ Haar kritiek richt zich met name op het feit dat er geen logisch verband is tussen de vereisten van een nauwe affectieve relatie, nabijheid in plaats en tijd tot het ongeval etc. en het ontstane psychisch letsel. Ook personen die geen nauwe affectieve relatie hebben met een slachtoffer kunnen door een schokkende gebeurtenis psychisch letsel oplopen en datzelfde geldt voor personen die een traumatische gebeurtenis niet met eigen ogen hebben gezien, maar ervan hebben gehoord. Vergelijkbare kritiek wordt geuit door Teff.⁷⁹ Hij acht het onverdedigbaar dat toevallige factoren zoals het al dan niet hebben ondervonden van een plotselinge schok, nabijheid in ruimte, tijd en wijze van waarneming, bepalend zijn voor het eindoordeel over aansprakelijkheid. Naar zijn mening sluiten deze criteria ook geheel niet aan bij de inzichten die in de psychiatrie leven over het ontstaan van psychiatrische ziekten.⁸⁰ Uit de psychiatrische wetenschap blijkt, zo voert Teff aan, niet dat een traumatische gebeurtenis ernstiger gevolgen heeft indien deze met de eigen ogen is waargenomen en evenmin dat psychisch letsel enkel ontstaat door een plotselinge schok. Dergelijk letsel kan ook geleidelijk ontstaan. Ook Markesinis & Deakin zijn van mening dat de juridische benadering niet aansluit bij de medische wetenschap. Zij geven de voorkeur aan het laten vervallen van de aanvullende vereisten, aangezien zij deze arbitrair en onlogisch achten.⁸¹ Ook de *Law Commission* is ongelukkig met de meeste van de door het *House of Lords* ontwikkelde vereisten voor aansprakelijkheid voor *secondary victims*. Ten aanzien van de criteria ‘nabijheid in plaats en tijd tot het ongeval of de onmiddellijke afloop ervan’ en de ‘waarneming door middel van eigen zintuigen’ stelt de *Law Commission* vast dat deze niet aansluiten bij de inzichten die in de psychiatrische wetenschap leven omtrent het ontstaan van psychische ziekten door een traumatische gebeurtenis. Dergelijke ziekten kunnen evenzeer ontstaan door het horen van een ongeval nadat dit reeds heeft plaatsgevonden. Uit medisch onderzoek blijkt dat de relatie tussen het fysieke slachtoffer van het ongeval en het slachtoffer van shockschade een belangrijker aandeel heeft in het ontstaan van

78 Stapleton, 1994, p. 94-95. Zie ook de door haar in noot 74 genoemde critici.

79 Teff, *Cambridge Law Journal*, 1999, p. 94.

80 Teff, *Cambridge Law Journal*, 1999, p. 107.

81 B.S. Markesinis and S.F. Deakin, *Tort Law*, 4th edition, Oxford 1999, p. 127.

HOOFDSTUK 11

shockschade dan de nabijheid, qua waarneming, tijd en plaats, tot het ongeval. De *Law Commission* stelt daarom voor om deze laatste nabijheidsvereisten te laten vervallen. De *Law Commission* is evenwel voorstander van het handhaven van het vereiste van de nauwe affectieve band. Hiertoe wijst zij in de eerste plaats op de psychiatrische literatuur waaruit blijkt dat het juist vaak mensen zijn die een nauwe affectieve relatie hadden met een (dodelijk) gewond slachtoffer die het risico lopen op het ontstaan van PTSS of een vergelijkbare psychische stoornis. Verder overweegt de Commissie, eveneens met verwijzing naar de psychiatrische literatuur, dat het laten vervallen van alle aanvullende vereisten een te groot risico op een vloedgolf aan claims in zich bergt. Feitelijk zouden dan alleen nog de redelijke voorzienbaarheid van het psychisch letsel en het daadwerkelijk bestaan daarvan als criteria overblijven. Mede gelet op de stand van de wetenschap, die in de huidige fase nog niet steeds kan bepalen wanneer er daadwerkelijk sprake is van psychische ziekte en niet van *mere emotional distress*, dient het vereiste van de nauwe affectieve relatie naar het oordeel van de Commissie overeind te blijven. Wel stelt de Commissie voor om, met het oog op de rechtszekerheid, dit vereiste nauwkeuriger te formuleren in die zin dat echtgenoten, samenwonenden, ouders, kinderen, en broers en zusters in elk geval voor vergoeding in aanmerking komen, als aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan, en dat andere slachtoffers van shockschade de mogelijkheid krijgen te bewijzen dat ook zij een nauwe affectieve relatie met het fysieke slachtoffer hadden.

Aansluiting bij algemene aansprakelijkheidsrecht in plaats van bij werkgeversaansprakelijkheid

Tenslotte is ook het uitgangspunt van het *House of Lords*, dat de vorderingen van werknemers tot vergoeding van shockschade niet anders behandeld moeten worden dan vorderingen van andere slachtoffers, kritisch ontvangen in de literatuur. De meeste Engelse schrijvers die specifiek aandacht besteden aan de aansprakelijkheid van de werkgever voor shockschade van zijn werknemers zijn van mening dat er door de rechtspraak van het *House of Lords* een niet te rechtvaardigen tegenstelling is ontstaan tussen de wijze waarop aansprakelijkheid voor psychisch letsel als gevolg van de confrontatie met een schokkende gebeurtenis en de wijze waarop aansprakelijkheid voor andere vormen van psychisch letsel, in het bijzonder als gevolg van overbelasting, wordt beoordeeld. In uitspraken die in de tweede categorie vallen, is geoordeeld dat een werkgever op grond van zijn zorgplicht voor veilige en gezonde arbeidsomstandigheden gehouden is om een werknemer te beschermen tegen psychisch letsel als gevolg van zijn werkzaamheden.⁸² In *Walker v Northumberland County Council* werd in dit opzicht als volgt overwogen:

82 Vgl. *Petch. v Customers and Excise Commissioners* [1993] ICR 789 (Court of Appeal); *Walker v Northumberland County Council* [1995] 1 All ER 737 (Queen's Bench Division); *Barber v Somerset County Council* [2004] UKHL 13 (House of Lords); *Waters v Commissioner of Police of the Metropolis* [2000] I.C.R. 1064 (House of Lords).

"It is clear law that an employer has a duty to provide his employee with a reasonably safe system of work and to take reasonable steps to protect him from risks which are reasonably foreseeable. Whereas the law on the extent of this duty has developed almost exclusively in cases involving physical injury to the employee as distinct from injury to his mental health, there is no logical reason why risk of psychiatric damage should be excluded from the scope of an employer's duty of care or from the co-extensive implied term in the contract of employment."⁸³

Een werkgever heeft dus, naar het oordeel van de Engelse rechter, een verplichting om maatregelen te nemen om psychisch letsel dat redelijkerwijs voorzienbaar is, te voorkomen. Het is daarbij niet relevant of de werknemer als een *primary* of *secondary victim* moet worden aangemerkt. Eén en ander betekent dat voor werknemers die psychisch ziek zijn geworden door het meemaken van een traumatische gebeurtenis op het werk en die daarvoor schadevergoeding willen vorderen extra vereisten gelden, die niet van toepassing zijn op vorderingen van werknemers die psychisch ziek zijn geworden door overbelasting op het werk of door (seksuele) intimidatie. In de literatuur wordt dit onderscheid tussen beide groepen werknemers niet gerechtvaardigd geacht.⁸⁴

Daarnaast is opgemerkt dat er onvoldoende reden is waarom een werknemer zich niet ook in shockschade-zaken zou kunnen beroepen op de zorgplicht van de werkgever voor veilige arbeidsomstandigheden. In de *dissenting opinion* in *White* van Lord Goff of Chieveley had deze opgemerkt dat het beter zou zijn om onderscheid te maken tussen werknemers die betrokken waren bij het ongeval of de onmiddellijke afloop ervan en derden/omstanders. Een werknemer zou volgens hem schadevergoeding moeten kunnen vorderen "*simply on the basis of breach by his employer of his duty of care*", terwijl omstanders een extra grondslag nodig zouden hebben voor hun vordering, bijvoorbeeld een eventuele positie als reddingswerker. Dit standpunt wordt gedeeld door Markesinis en Deakin. Ook zij pleiten ervoor om aansprakelijkheid van een werkgever voor psychisch letsel aan te nemen in die gevallen waarin de werkgever zijn werknemers heeft blootgesteld aan een onnodig risico op lichamelijk of geestelijk letsel, los van de vraag of dit risico bestaat in het zien doodgaan of gewond raken van een collega of het ziek worden door het werk als zodanig. IJkpunt zou volgens hen moeten zijn of de werkgever al dan niet nalatig gehandeld heeft en of redelijkerwijs voorzienbaar was dat zijn handelwijze letsel zou veroorzaken en niet of daarnaast nog is voldaan aan enig nabijheidsvereiste. Dat een werkgever op een dergelijke wijze aansprakelijk is voor geestelijk of lichamelijk letsel van zijn werknemers vloeit

83 [1995] 1 All ER 737 (Queen's Bench Division).

84 Zie bijvoorbeeld Markesinis and Deakin, 1999, p. 523; S. Deakin and G.S. Morris, *Labour Law*, Londen, 1998, p. 330-336; L. Dolding and R. Mullender, "Law, Labour and Mental Harm", *The Modern Law Review*, 1996, p. 296-305; P. Handford, "Psychiatric injury in the workplace", 7 no. 2 *Tort Law Review* 1999, p. 126-164.

HOOFDSTUK 11

naar de mening van Markesinis en Deakin voort uit de “*pre-existing relationship*” tussen werkgever en werknemer, “*which (...) is one of mutual trust and confidence.*”⁸⁵ Deze verplichting houdt ook in dat een werkgever een zekere zorg in acht moet nemen ten aanzien van het psychisch welzijn van zijn werknemers. Doet hij dit niet, dan is hij aansprakelijk indien een werknemer vervolgens geestelijk letsel oploopt.⁸⁶

Het argument van het *House of Lords* dat het niet stellen van aanvullende eisen aan vorderingen van werknemers tot vergoeding van shockschade tot een vloedgolf aan vorderingen zou leiden, wordt in de arbeidsrechtelijke literatuur evenmin gedeeld. Ook de *Law Commission* is kritisch over dit argument. Volgens de *Law Commission* kan de begrenzing van mogelijke aansprakelijkheid van de werkgever gevonden worden in het feit dat tot de potentiële slachtoffers van shockschade alleen werknemers behoren die zodanige taken verrichten dat het risico op psychisch letsel als gevolg daarvan reëel is.⁸⁷ Het stellen van aanvullende nabijheidsvereisten is daarvoor niet noodzakelijk.

11.4.4 *Afbakening beschermingsbereik geschonden norm bij shockschade door dood of letsel van een ander op grond van de Amerikaanse Federal Employers Liability Act (FELA)*

In het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht vindt, althans waar het de aansprakelijkheid van de werkgever op grond van FELA betreft, de invulling van de zorgplicht van de werkgever in beginsel plaats aan de hand van criteria die aan deze wet zelf en de uitleg ervan in de rechtspraak zijn ontleend. De criteria uit het algemene aansprakelijkheidsrecht – de *common law* – zijn hiervoor niet bepalend. Het *Supreme Court* betreft de criteria uit het algemene aansprakelijkheidsrecht echter wel bij zijn uitleg van FELA. Zo oordeelde het *Supreme Court* in de, in § 9.3.2 reeds besproken zaak *Consolidated Rail Corporation v. Gotshall*⁸⁸ dat de benadering uit de *common law*, waarbij het voor de vergoeding van zuiver psychisch letsel bepalend is of een werknemer fysiek in gevaar heeft verkeer, ook moet worden gevolgd bij de invulling van aansprakelijkheid op grond van FELA. Het *Supreme Court* koos daarmee echter niet voor de opvatting die in de meeste Ame-

85 Markesinis and Deakin, 1999, p. 523. Zie ook Deakin and Morris, 1998, p. 330-336 en Dolding and Mullender, *The Modern Law Review*, 1996, p. 296-305.

86 Zie Handford, *Tort Law Review* 1999, p. 164, die van mening is dat door het *House of Lords* “*severe and unjustified limitations on the rights of workers*” zijn opgelegd.

87 Law Commission, 1998, p. 111.

88 *Consolidated Rail Corporation v. Gotshall*, 114 Supreme Court 2396, 129 L. Ed. 2d 427 (1994). Het gaat hier om de gevoegd behandelde zaken van *Consolidated Rail Corporation v. Gotshall* en *Carlisle v. Consolidated Rail Corporation*.

rikaanse staten wordt gevolgd, maar voor de benadering die in de op-één-na grootste groep van staten wordt toegepast.⁸⁹

De benadering van het *Supreme Court* brengt mee dat een werknemer naar Amerikaans recht alleen dan recht heeft op vergoeding van shockschade als hij tevens in gevaar heeft verkeerd voor eigen dood of letsel. Is dat niet het geval, dan vervalt alle aansprakelijkheid van de werkgever. Anders dan in het Engelse recht, worden in het Amerikaanse recht geen aanvullende vereisten gesteld aan het kunnen vorderen als omstander van een vergoeding van shockschade. Een werknemer kan op grond van FELA eenvoudigweg geen schadevergoeding vorderen als hij 'alleen maar' omstander is.

In de literatuur is verschillend gereageerd op de uitspraak in *Gotshall*. Sommige schrijvers zijn van mening dat het *Supreme Court* een te beperkte benadering heeft gevolgd die ten onrechte afwijkt van de tot dan toe toegepaste ruime uitleg van FELA. Zij vinden dat het beter was geweest als het *Supreme Court* had getoetst of het geestelijk letsel van de betrokken werknemers redelijkerwijs voorzienbaar was en of het reëel en ernstig was in plaats van een arbitrair criterium als de *zone of danger test* toe te passen.⁹⁰ Een dergelijke benadering zou naar hun mening beter aansluiten bij het uitgangspunt van FELA, te weten dat werkgevers een verderstrekkende zorgplicht hebben dan in het algemeen naar *common law* het geval is.⁹¹ Bovendien zou een dergelijke benadering beter geschikt zijn om werkgevers te prikkelen om de arbeidsomstandigheden te verbeteren dan de door het *Supreme Court* gekozen benadering, waarbij een werkgever geen zorgplicht heeft zolang er geen sprake is van fysiek gevaar.⁹²

Andere schrijvers zijn van mening dat het *Supreme Court* met zijn uitspraak de benodigde duidelijkheid heeft geschapen en een juiste balans heeft getroffen tussen de belangen van werkgevers en werknemers. Zou een toets worden toegepast, waarbij voor aansprakelijkheid beslissend is of het psychisch letsel voorzienbaar was en of daadwerkelijk sprake is van een reële ziekte – zoals door de rechter in een eerdere instantie was gedaan⁹³ – dan zou naar hun mening te veel

89 Zie ook § 11.3.3.

90 Vgl. Chr. M. Shields, "Carlisle v. Consolidated Rail Corp. and Justice Ginsburg's Dissent: Striking an Equitable Compromise between the Interests of Labor and Management regarding FELA Liability for Work-related Stress", 39 *Villanova Law Review* 197, 1994; E.C. Baird, "No Pain, No Gain: The Third Circuit's 'Sufficient Indicia of Genuineness' Approach to Claims of Negligent Infliction of Emotional Distress under the Federal Employers' Liability Act", *Washington University Law Quarterly* 1993, p. 1255-1268.

91 Zie met name Baird, *Washington University Law Quarterly* 1993, p. 1255-1268.

92 Shields, 39 *Villanova Law Review* 197, 1994; Baird, *Washington University Law Quarterly* 1993, p. 1255-1268.

93 Zie voor een bespreking van de uitspraken van het federale hof: Shields, 39 *Villanova Law Review* 197, 1994.

HOOFDSTUK 11

onzekerheid ontstaan voor werkgevers. De echtheid van geestelijk letsel zou namelijk niet altijd bewezen kunnen worden en het zou voor een werkgever moeilijk te doorgronden zijn wanneer een werknemer psychisch ziek dreigt te worden, dit vanwege verschillen in psychische belastbaarheid tussen werknemers onderling.⁹⁴ Deze schrijvers menen daarnaast dat door de uitspraak in *Gotshall* is voorkomen dat een groot aantal potentieel triviale vorderingen in rechte aanhangig kan worden gemaakt.⁹⁵

11.4.5 *Aansluiting bij arbeidsrechtelijke zorgplicht of bij criteria uit algemeen aansprakelijkheidsrecht: evaluatie en eigen opvatting*

Zoals uit het voorgaande blijkt, wordt de vraag in hoeverre psychisch letsel van een werknemer als gevolg van het meemaken van de dood of verwonding van een derde recht moet geven op schadevergoeding in het Nederlandse, Engelse en Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht verschillend beantwoord. Ook wordt verschillend gedacht over de vraag of de criteria uit het algemene aansprakelijkheidsrecht daarbij leidend moeten zijn of dat aansluiting moet worden gezocht bij de arbeidsrechtelijke zorgplicht van de werkgever. In het Amerikaanse recht wordt wel gekeken naar de criteria uit het algemene aansprakelijkheidsrecht maar worden die niet zonder meer gevolgd waar het gaat om werkgeversaansprakelijkheid. In het Engelse recht zijn de criteria uit het algemene aansprakelijkheidsrecht doorslaggevend, ook op arbeidsrechtelijk gebied. In het Nederlandse recht tenslotte is deze kwestie (nog) niet aan de orde geweest, maar lijkt het mij voor de hand te liggen, zoals ik hierna nader zal uitwerken, dat als deze kwestie aan de orde zou komen, de arbeidsrechtelijke zorgplicht bepalend zou zijn voor het al dan niet aannemen van aansprakelijkheid van de werkgever voor shockschade en niet (primair) criteria uit het algemene aansprakelijkheidsrecht.

Als argument vóór het zoeken van aansluiting in het arbeidsrecht bij het algemene aansprakelijkheidsrecht wordt, met name in het Engelse recht,⁹⁶ aangevoerd dat voorkomen moet worden dat werknemers meer bescherming tegen

94 Vgl. Alan C. Buckner, "Consolidated Rail Corp. v. Gottshall: 'Closing the Door' on FELA Claims for Negligent Infliction of Emotional Distress by Limiting Recovery to the 'Zone of Danger'", 31 *Tulsa Law Journal* 161, 1995.

95 Buckner, 31 *Tulsa Law Journal* 161, 1995. Zie voorts J. Scott Hale, "Gotshall v. Consolidated Rail Corp.: Recognizing Inflicted Emotional Injuries under the Federal Employers' Liability Act", *Walter F. George School of Law, Mercer University Law Review*, 1995, p. 1527-1535.

96 Zie de uitspraken in *Alcock v Chief Constable of the South Yorkshire Police* [1991] 4 All ER 907; [1992] 1 A.C. 310 en in *White and others v. Chief Constable of South Yorkshire Police and others*, [1999] ICR 216 (House of Lords).

shockschade genieten dan andere slachtoffers.⁹⁷ In het Nederlandse recht is door Verheij opgemerkt dat het niet zo zou moeten zijn dat een werknemer die een collega heeft zien verongelukken vergoeding kan krijgen van de daardoor bij hem ontstane shockschade, terwijl de echtgenote van de collega, die op een later moment van het ongeval hoort, dit niet zou kunnen, omdat in het geval van de werknemer wel is voldaan aan het vereiste van de rechtstreekse confrontatie met het ongeval dat de Hoge Raad in het Kindertaxi-arrest stelt, en in het geval van de echtgenote niet.⁹⁸ Verheij noemt dit voorbeeld echter niet (zozeer) om te betogen dat een werkgever jegens een werknemer niet een verderstreckende zorgplicht zou moeten hebben dan jegens andere slachtoffers, maar (veeleer) om zijn standpunt te onderstrepen dat het vereiste van de rechtstreekse confrontatie met het ongeval of de omstandigheden waaronder dit heeft plaatsgevonden, moet komen te vervallen. Naar de mening van Verheij moeten ook bepaalde slachtoffers die niet bij een ongeval of de nasleep ervan aanwezig zijn geweest, aanspraak kunnen maken op schadevergoeding.

In de tweede plaats wordt wel gesteld dat, indien aansprakelijkheid voor shockschade alleen gebaseerd zou worden op de arbeidsrechtelijke zorgplicht van de werkgever, zonder dat hieraan verdere beperkingen zouden worden gesteld zoals die in het algemene aansprakelijkheidsrecht zijn ontwikkeld met betrekking tot de plaats en afstand van het ongeval en de band met de gewonde/overledene, er een te grote kring van gerechtigden tot schadevergoeding zou ontstaan. Een aanzienlijk aantal werknemers zou dan een vergoeding voor shockschade als gevolg van dezelfde traumatische gebeurtenis kunnen vorderen.⁹⁹ Dit argument wordt zowel in het Engelse als in het Amerikaanse recht naar voren gebracht.¹⁰⁰

97 In het Nederlands recht is weinig aandacht voor dit punt. Een uitzondering vormt C.J.H. Jansen, "Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade van de werknemer", in *Yin-Yang (Van Mourik-bundel)*, Deventer 2000, p. 108, die opmerkt dat bij de vraag of art. 7:658 BW de grondslag kan vormen voor de vergoeding van psychisch letsel, acht geslagen moet worden op de ontwikkelingen in het algemene onrechtmatige daadsrecht. Niet duidelijk is echter of Jansen bedoelt dat deze ontwikkelingen ook in het arbeidsrecht doorslaggevend moeten zijn, of enkel dat hieraan aandacht moet worden besteed.

98 Dit voorbeeld wordt genoemd door Verheij, *Letsel&Schade* 2002, p. 10-11. Op dit moment is bij de Tweede Kamer overigens een wetsvoorstel aanhangig dat beoogt een recht op affectieschade in te voeren, dat wil zeggen een recht op vergoeding voor immateriële schade als gevolg van overlijden of het ontstaan van ernstig en blijvend letsel van een naaste. Zie TK 28 781.

99 Dit argument wordt herhaaldelijk genoemd in *White and others v Chief Constable of South Yorkshire Police and others*, [1999] ICR 216 (House of Lords).

100 Zie voor het Amerikaanse recht met name *Consolidated Rail Corporation v. Gottshall*, 114 Supreme Court 2396, 129 L. Ed. 2d 427 (1994).

HOOFDSTUK 11

Tegen beide argumenten zijn diverse tegenargumenten aangevoerd. Met betrekking tot de stelling dat werknemers met shockschade niet gunstiger behandeld zouden mogen worden dan andere slachtoffers is opgemerkt dat tussen werkgever en werknemer reeds een relatie bestaat op het moment dat een ongeval of andere traumatische gebeurtenis plaatsvindt in het kader waarvan de werkgever verplicht is om een zekere zorg in acht te nemen ten aanzien van het psychisch welzijn van zijn werknemers.¹⁰¹ Deze relatie bestaat niet tussen de werkgever en andere slachtoffers. Ten aanzien van de angst voor onbegrensde aansprakelijkheid is naar voren gebracht dat deze niet terecht is, in de eerste plaats niet omdat het aantal slachtoffers dat schadevergoeding vordert op basis van de zorgplicht van de werkgever als werkgever nooit groter kan zijn dan het totaal aantal werknemers, en daarmee reeds begrensd is, en in de tweede plaats niet omdat het niet voor de hand ligt dat alle werknemers in een bepaald geval schadevergoeding zullen kunnen vorderen, omdat daarvoor immers vast moet staan dat is voldaan aan de criteria dat een norm is geschonden, dat daadwerkelijk geestelijk letsel is ontstaan en dat er causaal verband bestaat tussen beide.¹⁰²

Zelf geef ik de voorkeur aan de tweede opvatting, namelijk dat bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel van werknemers de zorgplicht van de werkgever jegens zijn werknemers, zoals deze in het Nederlandse recht is neergelegd in artikel 7:658 BW (en in voorkomende gevallen in artikel 7:611 BW of artikel 6:162 BW) uitgangspunt moet zijn en niet de zorgplicht van de werkgever jegens een ieder. Daarvoor acht ik in de eerste plaats bepalend dat het reeds sinds jaar en dag uitgangspunt is naar Nederlands recht dat de zorgplicht van artikel 7:658 BW op eigen wijze moet worden ingevuld vanwege voor de arbeidsrelatie bijzondere aspecten zoals de zeggenschap van de werkgever over de arbeidsomstandigheden en de sociaal-economische positie van de werknemer tegenover de werkgever.¹⁰³ De Hoge Raad overweegt in dit opzicht als volgt in de zaak Reclassering Nederland/S:

“De in art. 7A:1638x neergelegde verplichting van de werkgever de werkzaamheden zodanig te organiseren dat de werknemer is beschermd tegen aan zijn arbeid verbonden veiligheidsrisico's vloeit niet slechts voort uit de sociaal-economische positie van de werkgever ten opzichte van zijn werknemer, maar houdt ook nauw verband met

101 Markesinis and Deakin, 1999, p. 523. Zie ook Deakin and Morris, 1998, p. 330-336; Dolding and Mullender, *The Modern Law Review* 1996, p. 296-305; Handford, 7 no. 2 *Tort Law Review* 1999, p. 126-164.

102 Zie onder meer de *dissenting opinion* van rechter Ginsburg in *Consolidated Rail Corporation v. Gottshall*, 114 Supreme Court 2396, 129 L. Ed. 2d 427 (1994).

103 Zie ook Lindenbergh, 2000, p. 28-29; A.T. Bolt en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Preadvies NJV, Zwolle 1996, p. 88-89.

zijn zeggenschap over de werkplek en zijn bevoegdheid zijn werknemer aanwijzingen te geven ter zake van de (wijze van) uitoefening van diens werkzaamheden.”¹⁰⁴

Gezien deze achtergronden van de zorgplicht van de werkgever zou het niet passend zijn als, waar het gaat om shockschade, opeens criteria uit het algemene aansprakelijkheidsrecht gevolgd zouden moeten worden.

In de tweede plaats is van belang dat tussen werkgever en werknemer reeds een relatie bestaat op het moment dat een ongeval of andere traumatische gebeurtenis plaatsvindt en dat beide partijen in het kader daarvan over en weer verplichtingen hebben. Daartoe behoort ook de verplichting van de werkgever om maatregelen te nemen om psychisch letsel te voorkomen. Dit is anders waar het gaat om de positie van de werkgever tegenover derden. Daar bestaat geen relatie tot aan het moment van het ongeval/traumatische gebeurtenis. Daarom is er ook minder grond voor een verstrekkende zorgplicht.

Ten derde zou aansluiting bij het algemene aansprakelijkheidsrecht in geval van shockschade tot inconsistenties binnen het arbeidsrecht leiden. Het is mijns inziens niet te rechtvaardigen dat een werknemer met lichamelijk letsel zich rechtstreeks op de arbeidsrechtelijke zorgplicht van de werkgever zou kunnen beroepen, terwijl een werknemer met shockschade aangewezen zou zijn op het algemene aansprakelijkheidsrecht. Bovendien is het de vraag wat rechtens zou moeten zijn ten aanzien van de aansprakelijkheid voor psychische ziekten als gevolg van andere in het werk gelegen oorzaken, zoals pesten en stress. Het ligt niet voor de hand om aansprakelijkheid voor deze vormen van psychisch letsel te toetsen aan het algemene aansprakelijkheidsrecht, gelet op de verwevenheid van pesten, stress etc. met de arbeidsrelatie en met daarop van toepassing zijnde regelgeving, zoals bijvoorbeeld de regelgeving bij ziekte. Het kan echter ook niet zo zijn dat alleen aansprakelijkheid voor shockschade beoordeeld zou worden op basis van het algemene aansprakelijkheidsrecht en aansprakelijkheid voor andere vormen van psychisch letsel niet.

De angst voor onbegrensde aansprakelijkheid, die wel wordt aangevoerd als argument vóór het beperken van aansprakelijkheid van de werkgever voor shockschade van werknemers op dezelfde wijze als in het algemene aansprakelijkheidsrecht (althans in Engeland en de VS), vormt mijns inziens onvoldoende rechtvaardiging voor het niet beoordelen van de aansprakelijkheid van de werkgever voor shockschade op basis van arbeidsrechtelijke criteria. Zo nodig kan met deze angst – als deze al terecht is¹⁰⁵ – rekening worden gehouden bij de invulling van de arbeidsrechtelijke zorgplicht van de werkgever.

104 HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534, JAR 1999, 44. Zie over dit arrest ook C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag 2000, nr. 1509. Zie ook HR 11 maart 2005, JAR 2005, 84; RvdW 2005, 37 (ABN AMRO/Nieuwenhuys).

105 Ik kom daarop in § 11.4.6.

HOOFDSTUK 11

11.4.6 *Afbakening beschermingsbereik zorgplicht werkgever: evaluatie en eigen opvatting*

Daarmee komen we bij de tweede vraag, namelijk hoe de zorgplicht van de werkgever ter voorkoming van shockschade van een werknemer als gevolg van het overlijden of de verwonding van een derde moet worden ingevuld. De belangrijkste vraag in dit opzicht, die ook in het buitenlandse recht steeds weer opdoemt, is of in geval van shockschade aanvullende vereisten moeten worden gesteld aan aansprakelijkheid van de werkgever, naast de gebruikelijke vereisten van normschending, schade en causaal verband. Deze aanvullende vereisten kunnen variëren van het eisen van *physical impact* tot het eisen van fysiek gevaar tot nabijheidsvereisten zoals het *House of Lords* die heeft ontwikkeld, te weten nabijheid in plaats, tijd en wijze van waarneming tot het ongeval en het bestaan van een nauwe relatie tussen fysiek en psychisch slachtoffer.¹⁰⁶

Het vereiste van de fysieke gevarenzone is door de Hoge Raad expliciet verworpen in het Kindertaxi-arrest.¹⁰⁷ Er lijkt daarom geen grond te zijn om een dergelijk vereiste wel toe te passen in het arbeidsrecht. Los daarvan deel ik de opvattingen van diegenen die betogen dat het criterium van de fysieke gevarenzone een te arbitrair criterium is om daarop een onderscheid te baseren tussen werknemers die wel en werknemers die geen aanspraak kunnen maken op vergoeding van shockschade.¹⁰⁸ Het is in concrete situaties, zoals ook blijkt uit de in § 11.4.3

106 In de Engelse rechtspraak wordt ook wel als voorwaarde voor de vergoeding van psychisch letsel gesteld dat het letsel het gevolg moet zijn van een hevige schok. Deze voorwaarde wordt echter niet strikt toegepast, omdat ook psychisch letsel dat niet het gevolg is van de confrontatie met een schokkende gebeurtenis voor vergoeding in aanmerking komt, bijvoorbeeld psychisch letsel door overbelasting of (seksuele) intimidatie (zie verder hoofdstuk 13 en 14). In het Nederlandse recht heeft de Hoge Raad in het Kindertaxi-arrest opgemerkt dat psychisch letsel voor vergoeding in aanmerking kan komen, indien het letsel het gevolg is van een hevige emotionele schok. Het ligt echter niet voor de hand dat de Hoge Raad daarmee heeft bedoeld om in het algemeen psychisch letsel dat niet het gevolg is van een hevige emotionele schok van vergoeding uit te sluiten, nu de Hoge Raad in andere arresten aansprakelijkheid heeft aangenomen voor meer geleidelijk ontstane vormen van psychisch letsel. Vgl. HR 1 juli 1993, *NJ* 1993,667 (Nuts/Hofman), HR 1 november 1996, *NJ* 1997, 134 (Kraaiende krielhanen II) en HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662 (Kip en Sloetjes/Rabobank). Wel heeft de Hoge Raad mogelijk bedoeld dat psychisch letsel als gevolg van de confrontatie met een schokkende gebeurtenis alleen voor vergoeding in aanmerking komt als zich een hevige emotionele schok heeft voorgedaan. In dit soort situaties zal dat echter vrijwel steeds het geval zijn, zodat het 'vereiste' van de hevige schok in die zin weinig betekenis heeft.

107 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240.

108 Zie over deze opvattingen § 11.4.2 en § 11.4.3.

besproken Engelse rechtspraak, erg lastig om te bepalen wanneer er nu daadwerkelijk sprake is van gevaar voor fysiek letsel. Bovendien is het niet dit gevaar dat maakt dat een werknemer psychisch ziek wordt, maar het meemaken van het ongeval van zijn collega of een andere persoon. Door shockschade alleen te vergoeden als tevens sprake is van fysiek letsel of gevaar daarvoor heeft bestaan, wordt daarom in vergaande mate geabstraheerd van de situatie zoals die door de betrokken werknemers wordt ervaren.¹⁰⁹ Meer in het algemeen impliceert het criterium van de fysieke gevarenzone, mijns inziens ten onrechte, dat fysiek letsel ernstiger is dan psychisch letsel, én kan toepassing van het criterium er toe leiden dat een werkgever alleen maatregelen neemt ter voorkoming van fysiek gevaar, omdat hij alleen in dat geval aansprakelijk kan worden gesteld. Daardoor wordt miskend dat omstandigheden op het werk ook psychisch ziekmakend kunnen zijn en niet alleen fysiek.

In toepassing van het criterium van de fysieke gevarenzone zie ik dan ook weinig heil evenmin als in toepassing van het nog striktere criterium van de *physical impact*. Ook het hanteren van een criterium als het bestaan van een nauwe affectieve relatie heeft naar mijn mening geen meerwaarde voor het arbeidsrecht, omdat door dit vereiste vergoeding van shockschade van werknemers vrijwel wordt uitgesloten. Dit ligt anders waar het gaat om de overige door het *House of Lords* gestelde vereisten ten aanzien van nabijheid in plaats, tijd en wijze van waarneming tot het ongeval, die overigens vrijwel overeenkomen met het door de Hoge Raad in het Kindertaxi-arrest toegepaste criterium inhoudende dat schade als gevolg van geestelijk letsel door een schokkende gebeurtenis in het algemeen slechts voor vergoeding in aanmerking komt indien:

“(i) de betrokkene rechtstreeks wordt geconfronteerd met de omstandigheden waaronder het ongeval heeft plaatsgevonden en, (ii) deze confrontatie bij de betrokkene een hevige schok teweeggebracht heeft, hetgeen zich met name kan voordoen indien sprake is van een nauwe (affectieve) band met degene die door het ongeval is gedood of gewond geraakt.”

Het vereiste van de nauwe band lijkt hierbij geen keihard vereiste te zijn, nu de Hoge Raad voorop stelt dat de confrontatie een hevige schok moet hebben teweeggebracht en dan aangeeft dat dit *met name*, dus niet uitsluitend, het geval zal zijn

109 Dit blijkt ook uit de zaken *Young v Charles Church (Southern) Ltd and Another*, *The Times*, 1 May 1997 en *Schofield v Chief Constable of West Yorkshire Police* [1999] ICR 193, waarin de werknemers stelden psychisch ziek te zijn geworden door respectievelijk het zien verongelukken van een collega en het krijgen van een enorme schok doordat een collega opeens in een bed begon te schieten, maar niet door gevaar voor eigen lijf of leven, terwijl het *Court of Appeal* nu juist op grond van dit laatste feit aansprakelijkheid aannam. Zie § 11.4.3.

HOOFDSTUK 11

bij personen met een nauwe band met degene die gewond is geraakt of is overleden. Toegepast op het arbeidsrecht zou dat betekenen dat werknemers vergoeding van shockschade zouden kunnen vorderen indien zij rechtstreeks geconfronteerd zijn met de omstandigheden waaronder een ongeval waarbij een collega is gedood of verwond heeft plaatsgevonden en daardoor zodanig geschokt zijn dat zij ziek zijn geworden. Werknemers die niet geconfronteerd zijn met het ongeval of de onmiddellijke gevolgen ervan zouden dan geen recht hebben op schadevergoeding.

Naar mijn mening is dit een redelijke benadering. Voor het aannemen van aansprakelijkheid is vereist dat de geschonden norm strekte tot bescherming tegen de geleden schade. De strekking van artikel 7:658 BW is om zodanige maatregelen te nemen dat de veiligheid en gezondheid van werknemers op het werk beschermd wordt, althans voor zover dit redelijkerwijs van de werkgever gevergd kan worden. Artikel 7:611 BW heeft, indien dit artikel op vergelijkbare wijze als artikel 7:658 BW gebruikt wordt, een zelfde strekking.¹¹⁰ Deze strekking is niet dat alle werknemers beschermd moeten worden tegen elk potentieel letsel. Uitgangspunt zou mijns inziens moeten zijn dat de directe omgeving waarin iemand werkt veilig moet zijn. Dat wil zeggen dat, indien met een gevaarlijke machine wordt gewerkt, de machine beveiligd moet zijn voor degenen die daarmee in aanraking kunnen komen. Met betrekking tot shockschade zou dat betekenen dat artikel 7:658 BW strekt tot bescherming van degenen die zich in de directe omgeving van een ongeval bevinden. Deze moeten beschermd worden tegen de geestelijke of lichamelijke gevolgen ervan. Dit geldt dan echter niet voor een collega die niet bij een ongeval aanwezig is geweest, maar hier alleen over gehoord heeft. Deze heeft (in beginsel) noch een nauwe affectieve band met het slachtoffer noch heeft een rechtstreekse confrontatie met het ongeval of de afloop daarvan plaatsgevonden. Een werknemer met een normale geestelijke weerstand zou in mijn optiek tegen de psychische schok van het horen van een ongeval bestand moeten zijn. Wellicht zal hij hier enige tijd door van slag zijn, maar dat is iets anders dan een psychische ziekte. Het valt natuurlijk niet uit te sluiten dat een bepaalde werknemer wel psychisch letsel oploopt door het horen van het ongeval. Dan nog geldt mijns inziens dat artikel 7:658 BW, zeer bijzondere gevallen daargelaten, niet strekt tot bescherming tegen dit uitzonderlijke letsel en dat de werkgever dus geen zorgplicht jegens de betrokkene heeft geschonden.

Indien wordt aangenomen dat artikel 7:658 BW ook strekt tot bescherming tegen psychisch letsel van werknemers die alleen van een ongeval gehoord hebben, kunnen alle werknemers in een onderneming schadevergoeding vorderen naar aanleiding van een ongeval dat één van hen is overkomen. De veronderstelling

110 Vgl. HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534, JAR 1999, 44 (reclasseringsmedewerker). Hierna zal ik alleen nog over art. 7:658 BW spreken. Art. 7:611 BW wordt geacht daarmee ook bedoeld te worden voor zover in specifieke gevallen wordt aangenomen dat het artikel een veiligheidsverplichting behelst.

zou dan zijn dat ook jegens hen een norm is geschonden. Daarmee zou het ver-eiste van de normschending mijns inziens te ver worden opgerekt. Het criterium schade zou bovendien teveel gewicht krijgen. De enige afbakening tussen werknemers die wel en die geen aanspraak kunnen maken op schadevergoeding – aannemende dat jegens hen allen een norm is geschonden – zou dan nog het daadwerkelijk bestaan van psychisch letsel, en daarmee van schade, als gevolg van het ongeval zijn. Nog los van de vraag of de psychiatrische wetenschap steeds in staat is om vast te stellen of daadwerkelijk sprake is van een psychische ziekte en niet van een lichtere vorm van psychische klachten als gevolg van een bepaalde gebeurtenis, leidt dit ertoe dat de aansprakelijkheid van artikel 7:658 BW nog meer dan thans al het geval is, een risicoaansprakelijkheid wordt. Dat lijkt me niet overeenkomstig de strekking van artikel 7:658 BW te zijn. Ter nuan-cering zij opgemerkt dat dit geen keiharde regel behoeft te zijn. Er kunnen zich gevallen voordoen waarin wel moet worden aangenomen dat de werkgever het psychisch letsel van een werknemer die niet rechtstreeks bij een ongeval betrok-ken is geweest, dient te vergoeden. Wel zal het dan om uitzonderlijke gevallen moeten gaan.

Het standpunt van de Engelse *Law Commission* inhoudende dat het op dit moment nog een stap te vroeg is om alle nabijheidsvereisten los te laten, gelet met name op het feit dat de psychiatrische wetenschap in de huidige fase niet steeds kan bepalen wanneer daadwerkelijk sprake is van een psychische ziekte (in tegenstel-ling tot *mere emotional distress*), is mijns inziens dan ook te billijken. De oplossing van de *Law Commission* – het beperken van het recht op schadevergoeding van omstanders tot, in beginsel, nauwe verwanten – biedt voor het arbeidsrecht ech-ter geen oplossing, omdat in dat geval vrijwel geen enkele werknemer, die niet tevens fysiek in gevaar heeft verkeerd, schadevergoeding zal kunnen vorderen omdat er tussen werknemers slechts in uitzonderingsgevallen sprake zal zijn van een nauwe affectieve relatie als door de Commissie bedoeld.¹¹¹ Omdat ook in het arbeidsrecht enige vorm van afbakening op zijn plaats is, nu de criteria norm-schending en schade veelal onvoldoende houvast bieden voor het afbakenen van het beschermingsbereik van de zorgplicht van de werkgever, lijkt me de benade-ring van de Hoge Raad in het Kindertaxi-arrest een zinvol uitgangspunt voor de beoordeling van de aansprakelijkheid voor shockschade van werknemers.

Uiteraard is hierop kritiek mogelijk. Aan de ene kant kan gezegd worden dat werknemers die psychisch letsel hebben opgelopen doordat zij van een ongeval hebben gehoord, ten onrechte worden uitgesloten. Zoals ik hiervoor heb aangege-ven, lijkt het mij echter dat ervan uitgegaan mag worden dat deze werknemers in beginsel over voldoende weerstand beschikken om de psychische schok van het horen van een ongeval te kunnen verwerken. Uit de medische literatuur, zoals

111 Toepassing van het criterium van de emotionele gevarenzone, waarvoor onder meer door Verheij wel gepleit is in het algemene aansprakelijkheids-recht – zie § 11.4.2 – is om dezelfde reden geen optie binnen het arbeidsrecht.

HOOFDSTUK 11

geciteerd door de *Law Commission*, blijkt dat het vooral personen zijn die een nauwe affectieve relatie hadden met een omgekomen of ernstig verwond slachtoffer, die psychisch ziek worden door het horen van het ongeval. Werknemers zullen in de regel echter niet een dergelijke relatie met elkaar hebben. Ligt dat in een bijzonder geval anders en is ook aan de gebruikelijke vereisten voor aansprakelijkheid voldaan, dan kan dit een grond zijn om in een dergelijk geval wel aansprakelijkheid aan te nemen. Daarmee is niet gezegd dat het criterium van de nauwe affectieve relatie zou moeten worden gehanteerd in het arbeidsrecht, maar alleen dat het bestaan van een dergelijke relatie een factor kan zijn die in een bijzonder geval, waarin het vasthouden aan de rechtstreekse confrontatie met een ongeval tot een te onbillijk resultaat zou leiden, dit vereiste opzij kan zetten.

Aan de andere kant kan als kritiek natuurlijk worden aangevoerd dat het criterium van de rechtstreekse confrontatie geen duidelijke afbakening van het beschermingsbereik van de zorgplicht van artikel 7:658 BW biedt. Het zal niet altijd duidelijk zijn wanneer nog wel sprake is van een confrontatie met de omstandigheden waaronder een ongeval heeft plaatsgevonden en wanneer niet. Dit probleem doet zich echter voor bij het stellen van elke grens.¹¹² Bij toepassing van het criterium van de fysieke gevarezone is dit probleem nog groter omdat het lastiger is om vast te stellen of een werknemer in een bepaalde situatie al dan niet fysiek in gevaar heeft verkeerd dan of hij bij een ongeval of andere schokkende gebeurtenis aanwezig is geweest of op de plek des onheils is geweest kort na afloop ervan. De enige oplossing voor grensgeschillen is in wezen om geheel geen grenzen vooraf meer te stellen, maar de aansprakelijkheid van de werkgever enkel te beoordelen aan de hand van de reguliere aansprakelijkheidscriteria. Ook daarmee is het probleem echter niet opgelost, want dan zal in elk concreet geval gekeken moeten worden in hoeverre de verplichting van de werkgever strekte ter voorkoming van het psychisch letsel van de werknemer. Het als uitgangspunt hanteren dat er een confrontatie moet zijn geweest met het ongeval of de omstandigheden waaronder dit heeft plaatsgevonden, biedt dan in elk geval meer houvast. Meer houvast dan dat kan niet geboden worden indien men tegelijkertijd de mogelijkheid wil openhouden om in een uitzonderingsgeval 'recht' te doen.

11.4.7 *Rechtspraak over de vergoeding van psychisch letsel door dood of verwonding van een ander op no-fault basis*

In de twee voorgaande paragrafen is ingegaan op de afbakening van het beschermingsbereik van de geschonden norm bij foutaansprakelijkheid van de werkgever voor shockschade van zijn werknemer(s). Bij vergoeding op no-fault basis is er echter geen geschonden norm. Daarbij komt het in beginsel alleen aan op vaststelling van de causale relatie tussen de schokkende gebeurtenis op het werk en de psychische ziekte van de werknemer. In het Amerikaanse *workers' compensation*

112 Zie ook Lindenbergh, *AV&S* 2002, p. 69.

recht is, voor zover mij bekend, de vraag hoe die causale relatie moet worden vastgesteld in geval een werknemer psychisch ziek is geworden door het meemaken van het overlijden of gewond raken van een ander, tot nog toe geen onderwerp van debat. In de rechtspraak zijn enkele uitspraken te vinden waarin in een dergelijk geval aan een werknemer *workers' compensation* is toegekend. Dit gebeurde bijvoorbeeld in het geval van een werknemer die psychisch ziek was geworden doordat hij, vanaf de steiger waarop hij stond, een collega had zien vallen en zijn dood tegemoet had zien gaan,¹¹³ aan een werknemster die ziek was geworden na het aantreffen van haar leidinggevende, dood en liggend in een plas bloed, als gevolg van een geweerschot waarmee hij zichzelf had omgebracht,¹¹⁴ en aan een werknemer die psychische klachten had gekregen nadat en doordat hij had gezien dat de hand van zijn collega, met wie hij samen aan de lopende band werkte, door een machine was afgerukt.¹¹⁵ In geen van die zaken kwam echter de vraag aan de orde of wellicht aanvullende (nabijheids)vereisten moesten worden gesteld alvorens aanspraak kon worden gemaakt op een vergoeding. De uitspraken stonden ook niet zozeer in de sleutel van de voorwaarden van het recht op vergoeding, maar betroffen veeleer de vraag of psychisch letsel überhaupt recht kon geven op *workers' compensation*.

In het Nederlandse recht heeft de Centrale Raad van Beroep uitspraak gedaan in een zaak van een politieambtenaar die stelde een posttraumatische stress stoornis te hebben opgelopen als gevolg van confronterende gebeurtenissen die hij had meegemaakt tijdens krakersrellen in 1981 in Nijmegen.¹¹⁶ De vraag was of deze confronterende gebeurtenissen (die in de uitspraak overigens niet nader worden gespecificeerd) moesten worden aangemerkt als excessieve of abnormale werk-omstandigheden, in welk geval aanspraak gemaakt zou kunnen worden op de toekenning van financiële voorzieningen wegens het zijn ontstaan van een beroepsziekte.¹¹⁷ De CRvB oordeelde dat dit niet het geval was, kort gezegd omdat het meemaken van confronterende gebeurtenissen inherent is aan de functie van politieambtenaar,¹¹⁸ het niet aannemelijk was geworden dat het geweld tijdens de krakersrellen mede rechtstreeks jegens de betreffende politieambtenaar gericht was geweest en niet was gebleken dat de werkgever, de Burgemeester van de gemeente Nijmegen, was tekortgeschoten bij het treffen van voorzorgsmaatregelen, het geven van leiding of het verschaffen van nazorg.

De CRvB bakent in deze zaak aldus de kring van gerechtigden tot schadevergoeding af aan de hand van twee elementen. In de eerste plaats gaat de CRvB na of

-
- 113 *Bailey v. American General Insurance Co.*, 154 Tex. 430, 279 S.W. 2d 315 (1955).
 - 114 *Wolfe v. Sibley, Lindsay & Curr Co.*, 36 N.Y. 2d 505, 509, 330 N.E. 2d 603, 606, 369 N.Y. S 2d 637, 641-42 (1975).
 - 115 *Pathfinder Cp. V. Indus. Commission*, 62 Ill. 2d 556, 343 N.W. 2d 913 (1976).
 - 116 CRvB 29 maart 2001, TAR 2001, 74. Zie over deze uitspraak ook § 5.3.1.
 - 117 Zie hierover meer uitgebreid § 5.3.
 - 118 Zie over dit aspect meer uitgebreid § 11.6.2.

HOOFDSTUK 11

de gemeente Nijmegen tekort is geschoten in haar zorgplicht met betrekking tot het treffen van voorzorgsmaatregelen, het geven van leiding en het bieden van nazorg, en in de tweede plaats acht de CRvB bepalend voor het recht op vergoeding of het geweld van de krakers mede op de politieambtenaar zelf gericht is geweest. Met name uit deze tweede overweging kan worden afgeleid dat de CRvB het kennelijk onvoldoende vindt voor het aannemen van een recht op financiële voorzieningen dat een politieambtenaar op anderen, waaronder collega's, gericht geweld heeft waargenomen. Indien de CRvB die mening werkelijk is toegedaan, kan gezegd worden dat hij het criterium van de fysieke gevarenzone toepast, waarbij een ambtenaar alleen aanspraak kan maken op een vergoeding als hijzelf in gevaar heeft verkeerd voor dood of eigen letsel. Of deze opvatting ook meer in het algemeen aan de CRvB kan worden toegedicht, is echter twijfelachtig omdat er geen andere uitspraken zijn waarin de CRvB zich hierover heeft uitgesproken en omdat de Nijmeegse uitspraak in dit opzicht niet uitblinkt in duidelijkheid, nu uit de uitspraak niet of nauwelijks valt af leiden wat er nu precies is gebeurd tijdens de krakersrellen.

Uit de uitspraak blijkt wel duidelijk dat de CRvB geen zuivere no-fault benadering toepast, in die zin dat het enkele feit dat er een (zekere) causale relatie bestaat tussen ziekte en werk voldoende is voor het recht op een vergoeding, ongeacht de aard van die relatie, maar dat de CRvB een nadere afbakening van de kring van gerechtigden tot het verkrijgen van vergoeding noodzakelijk acht. Dit is ook wel begrijpelijk omdat, als de CRvB een zuivere no-fault benadering zou toepassen, een (zeer) groot aantal ambtenaren aanspraak zouden kunnen maken op een vergoeding. In beginsel zouden dan in een zaak als die van de Nijmeegse krakersrellen alle politieambtenaren die voldoende medisch bewijs kunnen overleggen dat van ziekte sprake is en die een relatie kunnen leggen tussen die ziekte en de krakersrellen, aanspraak kunnen maken op een vergoeding, ook indien zij niet bij rechtstreeks bij de rellen betrokken zijn geweest, hiervan alleen hebben gehoord en geen band hebben/hadden met de fysiek gewonde of omgekomen slachtoffers. Bij een zuivere no-fault benadering, zoals de benadering op grond van de *objective causation test* zoals die wel wordt gehanteerd in het Amerikaanse *workers' compensation* recht, kunnen namelijk geen aanvullende eisen worden gesteld aan de aard van de gebeurtenis, omdat dan wordt afgeweken van het uitgangspunt dat het bestaan als zodanig van een relatie tussen psychische ziekte en een bepaalde gebeurtenis op het werk, ongeacht wat voor soort gebeurtenis het betreft, recht geeft op een vergoeding.

De toets die de CRvB toepast, lijkt nog het meest op wat in het Amerikaanse recht wordt omschreven als de *unusual stress test*, de toets waarbij een werknemer voor vergoeding van psychisch letsel in aanmerking komt als hij kan aantonen dat hij door buitengewone omstandigheden op het werk ziek is geworden. Ook de CRvB eist namelijk excessieve of abnormale werkomstandigheden. Bij de *unusual stress test* zoals die in het Amerikaanse recht wordt toegepast, wordt echter niet als voorwaarde voor het recht op vergoeding gesteld dat een werknemer persoonlijk in gevaar heeft verkeerd voor fysiek geweld. Voor zover de CRvB dit wel

doet in de uitspraak over de krakersrellen, stelt hij dus striktere eisen aan het recht op vergoeding dan gebruikelijk is bij de Amerikaanse versie van de *unusual stress test*.

11.4.8 Vergoeding van psychisch letsel door dood of verwonding van een ander op no-fault basis: eigen opvatting

Naar mijn mening biedt een zuivere no-fault benadering (dat wil zeggen toepassing van de *objective causation test*) van shockschade als gevolg van het gewond raken of overlijden van een derde te weinig houvast voor een juiste beoordeling van het recht op een vergoeding omdat dan in beginsel elke werknemer die psychisch ziek stelt te zijn geworden als gevolg van een bepaalde gebeurtenis op het werk, aanspraak kan maken op een vergoeding zolang hij maar een relatie tussen werk en ziekte kan leggen en voldoende bewijs van zijn ziekte kan inbrengen.¹¹⁹ Toepassing van een dergelijke benadering acht ik daarom minder gelukkig, nog daargelaten dat deze vanwege het soepele karakter ervan onvermijdelijk zal leiden tot een, al dan niet forse, stijging van het aantal verzoeken om vergoeding op no-fault basis van shockschade.¹²⁰

Afbakening van de kring van gerechtigden bij shockschade is wel mogelijk aan de hand van de *traumatic event test* of de *unusual stress test*. Bij toepassing van de *traumatic event test* bestaat, zoals is uiteengezet in § 9.2.3, recht op *workers' compensation* indien zich een traumatische gebeurtenis op het werk heeft voorgedaan en als een werknemer met een normale weerstand daardoor ziek zou zijn geworden. Bij de invulling van dit laatste criterium zou als uitgangspunt genomen kunnen worden dat een werknemer met een normale weerstand in beginsel niet ziek wordt door het horen van een schokkende gebeurtenis op het werk zonder deze te zien. Bij de invulling van het criterium van het *traumatic event* zou gezegd kun-

119 Zie ook § 11.4.6.

120 Zie in dit opzicht het voorbeeld van Californië, waarin overigens aanvaardbaar ook geen reële gebeurtenis op het werk werd geëist, maar het ook voldoende werd bevonden als een gebeurtenis in de beleving van de werknemer had plaatsgevonden (§ 9.2.5). Ook de ervaringen die met de WAO zijn opgedaan, zijn in dit opzicht illustratief. Het beroep op de WAO is in de laatste jaren met name toegenomen door het grote aantal werknemers met psychische klachten. Ervan uitgaande dat de Nederlandse beroepsbevolking niet opeens in een veel slechtere psychische conditie is komen te verkeren dan in de voorgaande decennia, betekent dit dat het kennelijk niet goed mogelijk is om vast te stellen wanneer er nu daadwerkelijk sprake is van psychische ziekte en wanneer niet. Toepassing van een te milde toets leidt daarmee tot toekenning van een groot aantal uitkeringen en daarmee een te grote belasting van het systeem. Zie hierover ook B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie* (diss. Leiden 2003), Deventer 2003, p. 9-11.

HOOFDSTUK 11

nen worden dat alleen een gebeurtenis waarbij een werknemer zelf aanwezig was of met de onmiddellijke afloop waarvan hij geconfronteerd is geweest, zodanig *traumatic* is dat deze recht geeft op *workers' compensation*. Aldus kan tot een vergelijkbare afbakening van de kring van gerechtigden worden gekomen als bij foutaansprakelijkheid.

Eenzelfde benadering is mogelijk op basis van de *unusual stress test*. Deze toets houdt in dat een werknemer moet bewijzen dat hij door buitengewone omstandigheden op het werk psychisch ziek is geworden. In geval van shockschade zou de werknemer dus moeten aantonen dat de schokkende gebeurtenis dermate *unusual* was, in vergelijking tot zijn reguliere werkzaamheden en die van collega's in vergelijkbare posities, dat aannemelijk is dat hij daardoor ziek is geworden. Een afbakening van de kring van gerechtigden zou dan kunnen worden gemaakt door als uitgangspunt te nemen dat alleen dan sprake is van *unusual stress* (of van buitengewone omstandigheden) indien een werknemer geconfronteerd is geweest met de schokkende gebeurtenis waardoor hij zegt ziek te zijn geworden, of met de onmiddellijke afloop daarvan. Dit criterium is overigens iets lichter dan de toets die de CRvB toepast in de zaak van de krakersrellen omdat de CRvB als voorwaarde voor het recht op vergoeding lijkt te stellen dat de politieambtenaar persoonlijk in gevaar heeft verkeerd voor fysiek geweld. Dat zou, zoals gezegd, neerkomen op toepassing van het criterium van de fysieke gevaarzone. Zoals eerder aangegeven in § 11.4.6, ben ik geen voorstander van toepassing van dit criterium, onder meer niet omdat het een te arbitrair criterium is om daarop een onderscheid te baseren tussen werknemers die wel en werknemers die geen aanspraak kunnen maken op vergoeding van shockschade en omdat toepassing van dit criterium ten onrechte impliceert dat fysiek letsel ernstiger is dan psychisch letsel. Ik geef daarom de voorkeur aan afbakening van de kring van gerechtigden aan de hand van de *unusual stress test* of de *traumatic event test*.

Worden de *unusual stress test* en/of de *traumatic event test* ingevuld op de hiervoor door mij geschetste wijze, dan vindt feitelijk geen beoordeling op no-fault basis meer plaats, maar wordt getoetst aan de criteria voor het aannemen van foutaansprakelijkheid van de werkgever. Het oordeel dat sprake is van *unusual stress* omdat een werknemer rechtstreeks is geconfronteerd met een bepaalde schokkende gebeurtenis impliceert namelijk veelal dat hij niet aan deze gebeurtenis blootgesteld had mógen worden en dus dat zijn werkgever in dit opzicht tekort is geschoten. Wordt geoordeeld dat alleen recht op een vergoeding bestaat als een werknemer met een normale weerstand ook psychisch ziek zou zijn geworden of dat een gebeurtenis alleen dan als een *traumatic event* kan worden aangemerkt als een werknemer daarmee rechtstreeks is geconfronteerd, dan wordt niet langer uitgegaan van de individuele werknemer, maar van een geobjectiveerde 'normale' werknemer. In feite worden predisposities dan buiten beschouwing gelaten. Een dergelijke benadering past niet goed bij een zuivere no-fault toets, omdat daarbij alleen gekeken wordt naar het bestaan van ziekte en naar de relatie tussen ziekte en werk en niet ook naar predisposities. Ook hier sluipt derhalve een ele-

ment binnen dat veeleer bij vergoeding op basis van foutaansprakelijkheid hoort. Het leerstuk van de predispositie is namelijk relevant bij de toerekening van schade aan een tekortkoming. Bij vergoeding op zuivere no-fault basis doet het er echter niet toe of sprake is van een tekortkoming, zodat toepassing van het leerstuk van de predispositie niet goed denkbaar is.

Nadeel van het op deze wijze binnen een no-fault systeem toetsen aan elementen die thuishoren bij foutaansprakelijkheid is dat een discrepantie ontstaat tussen de (hoge) eisen die worden gesteld aan het recht op vergoeding en de (relatief lage) vergoeding die daar tegenover staat. In hoofdstuk 17 zal op dit punt worden teruggekomen. Op deze plaats volsta ik met de opmerking dat, als vergoeding op no-fault basis uitgangspunt is, het onvermijdelijk lijkt om, waar het gaat om de vergoeding van shockschade, een zekere toetsing aan foutaansprakelijkheid te accepteren, teneinde te voorkomen dat het no-fault systeem overbelast raakt wegens een forse toename van claims ofwel de verleiding ontstaat om een afbakening te maken aan de hand van meer arbitraire criteria dan de zorgplicht van de werkgever, zoals het alleen voor vergoeding in aanmerking laten komen van psychisch letsel dat het gevolg is van een hevige emotionele schok of het uitsluiten van vergoeding van (bepaalde soorten van) psychisch letsel.

11.5 Onvrijwillige deelnemers (*involuntary participants*)

Een aparte categorie slachtoffers binnen de groep slachtoffers van shockschade als gevolg van het meemaken van het overlijden of het gewond raken van een derde zijn de *involuntary participants*. In het Engelse recht wordt hieronder verstaan die werknemers die, door nalatigheid van hun werkgever, een collega of derde gedood of verwond hebben of redelijkerwijs mochten menen dat dit het geval was. In het Engelse recht wordt gediscussieerd over de vraag of deze *involuntary participants* (onvrijwillige deelnemers) aanspraak kunnen maken op vergoeding van shockschade, ook indien zij niet zelf fysiek in gevaar hebben verkeerd. In het Nederlandse en Amerikaanse recht is aan deze discussie nog geen aandacht besteed. Niettemin is zij ook voor het Nederlandse recht van belang. In dit verband verdient opmerking dat de enige arbeidsrechtelijke, of exacter gezegd ambtenaarrechtelijke, uitspraak waarin een werkgever aansprakelijk is gehouden voor het psychisch letsel van een werknemer als gevolg van het meemaken van het ongeval van een derde, betrekking heeft op een 'onvrijwillige deelnemer'. In deze, in § 11.4.2 reeds besproken, uitspraak is de werkgever, de staatssecretaris van Defensie, namelijk aansprakelijk gehouden voor de PTSS van een naar Libanon uitgezonden militair, welke stoornis het gevolg was van het feit dat hij, door nalatigheid van Defensie, de dood van zijn groepscommandant had veroorzaakt.¹²¹ De militair is in deze uitspraak niet expliciet als onvrijwillige deelnemer

121 Rb. 's-Gravenhage 2 augustus 2001, TAR 2001, 118 en 17 oktober 2002, TAR 2002, 170.

HOOFDSTUK 11

bestempeld. Wel heeft, zoals eerder opgemerkt, het feit dat hij deelnemer is geweest in de gebeurtenis waarbij zijn groepscommandant is komen te overlijden vermoedelijk meegespeeld in het aannemen door de rechtbank van aansprakelijkheid van de werkgever. Het is niet zeker of hij ook aanspraak had kunnen maken op schadevergoeding als hij alleen omstander was geweest en geen deelnemer.¹²² In het Engelse recht werd tot aan de uitspraak in *Alcock*¹²³ ervan uitgegaan dat onvrijwillige deelnemers aanspraak kunnen maken op vergoeding van shockschade indien het voor de werkgever redelijkerwijs voorzienbaar was dat zij psychisch letsel zouden lijden door de gebeurtenis waarbij zij iemand anders hadden gedood of verwond of mochten menen dat dit het geval was. Er werd toen overigens nog niet gesproken over een categorie *involuntary participants*. Een voorbeeld van een dergelijke uitspraak is die in *Dooley v Cammel Laird & Co. Ltd. and Mersey Insulation Company Ltd.* uit 1951.¹²⁴ In deze zaak had een kraandrijver psychisch letsel (*nervous shock*) opgelopen nadat het touw waaraan materiaal was bevestigd dat hij in de laadruimte van een schip liet zakken, was gebroken en het materiaal naar beneden was gevallen. Dooley ging ervan uit dat zijn collega's die, voor zover hij wist, in de laadruimte aan het werk waren, hierdoor mogelijk dodelijk verwond waren. Dit bleek uiteindelijk niet het geval te zijn, maar Dooley hield wel psychische klachten over aan de gebeurtenis.

De rechter oordeelde dat de werkgever was tekortgeschoten in zijn zorgplicht door een onvoldoende stevig touw te laten gebruiken en door niet te zorgen dat alle touwen die gebruikt werden om lading te hijsen en te laten zakken daarvoor geschikt waren. De rechter achtte het redelijkerwijs voorzienbaar dat een werknemer die niet zonder grond vreesde dat de lading op zijn collega's was gevallen, hierdoor psychisch letsel zou oplopen. De werkgever was daarom voor het letsel van Dooley aansprakelijk.

In de zaak *Alcock* werden de onvrijwillige deelnemers door Lord Oliver ondergebracht in de categorie *primary victims*. Vervolgens rees de vraag welke slachtoffers nu precies binnen deze categorie vielen. Deze vraag kwam aan de orde in *Hunter v British Coal Corporation*.¹²⁵ Hunter moest als mijnwerker met zijn auto materiaal van de ene naar de andere plaats in de mijn brengen. Op een gegeven moment reed hij, onder meer als gevolg van de slechte staat van de ondergrondse weg en de slechte verlichting, tegen een brandkraan aan die over de weg uitstak. Hierdoor begon een grote hoeveelheid water uit de kraan te stromen. Hunter pro-

122 In dezelfde zin Verheij, *Letzel & Schade* 2002, p.7. Zie ook § 11.4.2.

123 [1991] 4 All ER 907; [1992] 1 A.C. 310.

124 [1951] Lloyd's List Law Reports, 151 (Liverpool Assizes, Mr. Justice Donovan). Zie ook *Galt v British Railways Board* [1983], NLJ 870 (Queen's Bench), waarin een werkgever aansprakelijk werd gehouden voor het letsel van een machinist die – overigens ten onrechte – meende twee collega's te hebben doodgereden op een traject waarop hij slecht zicht had en daardoor een hartinfarct kreeg.

125 [1999] QB 140 (Court of Appeal).

beerde vervolgens, samen met collega Carter, de brandkraan dicht te draaien. Dat lukte niet, waarop Hunter een klep ging halen om het water af te sluiten. Toen hij ongeveer 20 tot 30 meter verder was, hoorde hij een luide klap, alsof er een bom afging, en het geluid van water dat door pijpen stroomde. Hij rende verder op zoek naar de klep. Tijdens die zoektocht hoorde hij dat er een ongeluk had plaatsgevonden. Toen hij terugliep naar de brandkraan kwam hij een collega tegen die hem meedeelde dat Carter dood was. Later vernam hij dat de stroom water die uit de kraan kwam een arm van Carter had afgerukt. Als gevolg van deze gebeurtenis ontwikkelde Hunter een *reactive depression* alsmede extreme schuldgevoelens. Vier jaar later waren deze klachten nog niet over. Hunter heeft toen aanspraak gemaakt op schadevergoeding.

Het *Court of Appeal* wijst de vordering van Hunter af. Vaststaat dat de werkgever onrechtmatig heeft gehandeld jegens Carter omdat de brandkraan te ver over de weg uitstak, hetgeen in strijd was met wettelijke voorschriften. Dat betekent echter niet, aldus het *Court of Appeal*, dat tevens onrechtmatig is gehandeld jegens Hunter. Het *Court of Appeal* is van oordeel dat er geen precedent is op grond waarvan moet worden geconcludeerd dat Hunter persoonlijk betrokken was bij het ongeval van Carter. Hunter was niet op de plek des onheils toen het ongeval gebeurde en ook niet in de fysieke gevarenezone daaromheen en hij heeft het ongeval niet zelf gezien. Zijn ziekte, een abnormale psychische reactie als gevolg van schuldgevoel (*survivor guilt*), was voor de werkgever niet voorzienbaar. De *dissenting* rechter, Lord Justice Hobhouse, is van oordeel dat Hunter in de categorie valt, zoals omschreven door Lord Oliver in *Alcock*, van die werknemers die redelijkerwijze mogen menen dat zij iemand anders hebben gedood of verwond. Hunter heeft het ongeval bovendien gehoord – hetgeen bijvoorbeeld in *Dooley* niet het geval was – en was er ook daarom bij betrokken.

Uit deze uitspraak blijkt dat het niet altijd eenvoudig is om vast te stellen of een werknemer al dan niet als een onvrijwillige deelnemer aan een ongeval moet worden aangemerkt. Na de uitspraak in *White*¹²⁶ lijkt deze vraag echter niet meer relevant omdat sinds *White* onvrijwillige deelnemers geen speciale behandeling meer lijken te genieten. In *White* wordt weliswaar niet specifiek ingegaan op de onvrijwillige deelnemers, maar de regel die in *White* wordt bevestigd, inhoudende dat een slachtoffer van shockschade alleen dan aanspraak kan maken op schadevergoeding indien hij fysiek in gevaar heeft verkeerd of redelijkerwijze mocht aannemen dat dit het geval was, betekent dat onvrijwillige deelnemers die niet fysiek in gevaar hebben verkeerd of mochten menen dat dit het geval was, geen aanspraak meer kunnen maken op schadevergoeding. Van een aparte categorie is dan geen sprake meer.

In de literatuur is kritiek geuit op de consequenties van de uitspraak in *White* voor de categorie onvrijwillige deelnemers.¹²⁷ Daarnaast is gepleit voor een spe-

126 [1999] ICR 216 (House of Lords).

127 Zie bijvoorbeeld Handford, *Tort Law Review* 1999, p. 138-139; Butler, 2002, p. 121.

HOOFDSTUK 11

ciale behandeling van deze categorie werknemers. De *Law Commission* heeft in dit opzicht opgemerkt dat *involuntary participants* ook dan aanspraak moeten kunnen maken op schadevergoeding indien zij geen nauwe affectieve relatie met het fysieke slachtoffer hadden noch aanwezig zijn geweest op de plek des onheils.¹²⁸ De angst voor een stortvloed aan claims behoeft hier niet aan in de weg te staan, aldus de Commissie, omdat deze categorie per definitie beperkt is van omvang. De Commissie wijst er voorts op dat in de medische wetenschap wordt aangenomen dat het veroorzaken van andermans ongeluk, of het in de veronderstelling verkeren dat dat het geval is, heel wel psychisch letsel kan veroorzaken. Ook Butler wijst op psychiatrische studies waaruit blijkt dat *survivor guilt* zeer frequent voorkomt na een traumatische gebeurtenis en dikwijls de oorzaak vormt van een psychische stoornis, met name in een situatie als in *Hunter* waarin het handelen van de ene werknemer, ook al is dit niet verwijtbaar, mede de oorzaak is van de dood van een collega of derde persoon.¹²⁹

Naar mijn mening dient de categorie onvrijwillige deelnemers op één lijn te worden gesteld met die werknemers die psychisch ziek zijn geworden door een rechtstreekse confrontatie met een traumatische gebeurtenis of met de directe afloop daarvan, een en ander zoals besproken in § 11.4.6. Dit geldt zonder meer in die gevallen waarin een onvrijwillige deelnemer ook getuige is geweest van het ongeval of andere schokkende gebeurtenis, maar dient mijns inziens ook als uitgangspunt te worden genomen in die gevallen waarin hij de gebeurtenis of de directe afloop daarvan niet zelf heeft gezien, zoals in *Hunter* of in *Dooley*, maar wel heeft veroorzaakt of redelijkerwijs mocht menen dat hij dit heeft gedaan. De werknemer/onvrijwillige deelnemer is ook in dat geval namelijk in sterkere mate betrokken bij het ongeval dan een werknemer die alleen van het ongeval heeft gehoord, maar er verder part noch deel aan heeft gehad. Daarom ligt het ontstaan van psychisch letsel bij de onvrijwillige deelnemer meer voor de hand dan bij de minder betrokken werknemer. Bovendien hoeft, zoals ook de *Law Commission* heeft opgemerkt, niet gevreesd te worden voor onbeperkte aansprakelijkheid, omdat de categorie onvrijwillige deelnemers per definitie beperkt van omvang is.

11.6 Professionele hulpverleners

11.6.1 Uitwerking vraagstelling

Een andere groep werknemers die bijzondere aandacht verdient waar het gaat om de vergoedbaarheid van shockschade zijn de hulpverleners. Het gaat dan om werknemers die vanuit hun functie hulp moeten verlenen, dus bijvoorbeeld politiemensen, brandweerlieden en sommige werknemers in de welzijnsector. Deze werknemers kunnen door het herhaaldelijk meemaken van gruwelijke gebeurte-

128 Law Commission, 1998, p. 111-112.

129 Butler, 2002, p. 43-44.

nissen op een gegeven moment psychisch ziek raken. De vraag doet zich dan voor of zij voor vergoeding van shockschade in aanmerking kunnen komen. Hierover bestaan grosso modo twee opvattingen die tegengesteld aan elkaar zijn. De eerste opvatting houdt in dat professionele hulpverleners minder snel voor schadevergoeding in aanmerking moeten komen omdat zij zelf voor hun beroep gekozen hebben en zij bovendien vanwege hun opleiding en eerdere ervaringen over meer weerstand beschikken tegen traumatische gebeurtenissen dan andere werknemers. In de andere benadering wordt gepleit voor het soepel omgaan met aansprakelijkheid voor psychisch letsel van hulpverleners vanuit de gedachte dat juist het herhaaldelijk meemaken van traumatische gebeurtenissen tot psychische stoornissen kan leiden en dat professionele hulpverleners in die zin vatbaarder zijn voor psychisch letsel. Op beide benaderingen zal in het hiernavolgende worden ingegaan na een bespreking van het Nederlandse, het Engelse en het Amerikaanse recht op dit vlak.

11.6.2 *Vergoeding van shockschade van hulpverleners naar Nederlands, Engels en Amerikaans recht*

In het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht voor zover gebaseerd op FELA wordt geen bijzondere aandacht besteed aan de positie van hulpverleners. In het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is dit evenmin het geval. De schaarse uitspraken die in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht zijn gedaan over shockschade hebben geen betrekking op hulpverleners, althans gaan niet in op daaraan verbonden aspecten. In het Engelse aansprakelijkheidsrecht ligt dat anders. Daarin zijn verschillende uitspraken te vinden waarin expliciet de vraag aan de orde is gekomen of hulpverleners op dezelfde wijze moeten worden behandeld als andere werknemers. In oudere rechtspraak werd in dit opzicht met betrekking tot hulpverleners, althans in elk geval niet professionele hulpverleners, sneller aansprakelijkheid aangenomen dan ten aanzien van omstanders in het algemeen, dit vanuit de gedachte dat, waar zich een ramp voordoet, ook hulp zal worden geboden, zodat het voorzienbaar is dat er hulpverleners zullen zijn die door de ramp psychisch ziek zullen worden.¹³⁰ De standaard uitspraak in deze was, tot aan *White*, de uitspraak in *Chadwick v British Railways Board* uit 1967.¹³¹ Chadwick had, overigens niet als werknemer, maar als 'omstander', hulp en ondersteuning had geboden aan de slachtoffers van een spoorwegongeval. Gedurende 12 uur was hij in een kapot treinstel bezig geweest met het bevrijden van slachtoffers en het geven van pijnstillende injecties aan gewonden. Door zijn ervaringen aldaar werd hij vervolgens psychisch ziek.

130 Deze gedachte werd pregnant geformuleerd als '*danger invites rescue*'.

131 [1967] 1 WLR 912.

HOOFDSTUK 11

De rechter oordeelde dat *British Railways Board* voor de schade als gevolg van het psychisch letsel van Chadwick aansprakelijk was. Het zou alleszins voorzienbaar zijn geweest dat iemand zou gaan helpen in een situatie als dit en daardoor psychisch ziek zou worden. De rechter merkte op dat Chadwick evident ook zelf in een gevaarlijke situatie had verkeerd, maar dat hij deze zaak moest beoordelen "*on the basis that it was the horror of the whole experience which caused his reaction.*"

Een soortgelijke uitspraak is gedaan in de zaak *Wigg v British Railways Board* uit 1986.¹³² Daarin had een machinist getracht om een passagier te helpen die gewond was geraakt en, naar later bleek overleden, doordat hij vast was komen te zitten tussen de treindeuren en vervolgens was meegesleept over het perron. Wigg was naar het slachtoffer toegegaan en had geprobeerd tegen hem te praten en hem te troosten, zonder te weten dat hij al dood was. Eén en ander resulteerde uiteindelijk in psychische klachten waarvoor Wigg zijn werkgever aansprakelijk stelde.

De rechter nam aansprakelijkheid aan. Naar het oordeel van de rechter was, gezien de omstandigheden, het psychisch letsel van de machinist redelijkerwijs voorzienbaar. De machinist had meer gedaan dan een gemiddelde omstander gedaan zou hebben. Hij zou omschreven kunnen worden als een *rescuer*, maar dit was in de gegeven omstandigheden niet relevant, omdat het psychisch letsel hoe dan ook voorzienbaar was.

In beide uitspraken werd door de rechter aansprakelijkheid aangenomen op grond van het oordeel dat het psychisch letsel van de hulpverlener redelijkerwijs voorzienbaar was. In geen van beide zaken werd geëist dat de hulpverlener ook zelf fysiek in gevaar had verkeerd. Met de uitspraak in *White* is deze toets echter ook voor hulpverleners ingevoerd.¹³³ In *White* hadden de werknemers, de politieagenten, aangevoerd dat hun werkgever jegens hen een verderstreckende zorgplicht had dan jegens anderen omdat zij aangemerkt moesten worden als reddingswerkers en daarmee als *primary victims*. Deze opvatting wordt door het *House of Lords* verworpen. Daarbij speelt wederom de vergelijking met de familieleden een grote rol. In de woorden van Lord Hoffmann:¹³⁴

"(...) all in all, I have no doubt that most people would regard it as wrong to award compensation for psychiatric injury to the professionals and deny compensation for similar injury to the relatives."

132 *The Times*, 4 februari 1986.

133 [1999] ICR 216 (House of Lords).

134 Sub 509.

PSYCHISCH LETSEL DOOR MEEMAKEN VAN TRAUMATISCHE GEBEURTENIS OP WERK

Er worden echter ook andere argumenten genoemd:

“(The question is, mv) whether there should be liability to rescuers and helpers as a class. And in considering whether liability for psychiatric injury should be extended to such a class, I think it is legitimate to take into account the fact that, in the nature of things, many of its members will be from occupations in which they are trained and required to run such risks and which provide for appropriate benefits if they should suffer such injuries.”

De Lords zien daarom geen grond om hulpverleners anders te behandelen dan andere slachtoffers. In de woorden van Lord Steyn:

“But in order to contain the concept of rescuer in reasonable bounds for the purposes of the recovery of compensation for pure psychiatric harm the plaintiff must at least satisfy the threshold requirement that he objectively exposed himself to danger or reasonably believed that he was doing so (...). For my part the limitation of actual or apprehended dangers is what proximity in this special situation means.”

De status van hulpverlener/reddingswerker brengt derhalve geen gunstiger behandeling met zich.

Twee Lords waren het niet eens met deze opvatting. Lord Griffiths merkt op dat rechters heel wel in staat moeten worden geacht om een veronderstelde hausse aan vorderingen van hulpverleners het hoofd te bieden, zodat er geen grond is om, onder verwijzing naar het *floodgates* argument, de vaste rechtspraak inzake hulpverleners te herzien. Lord Goff of Chieveley is van oordeel dat met het vereiste van de fysieke gevarezone een nieuwe kunstmatige barrière wordt opgeworpen voor vorderingen tot vergoeding van shockschade. Verder merkt hij op dat het argument van ongelijke behandeling van familieleden en vrienden enerzijds en politiemensen anderzijds niet opgaat waar het de beoordeling van vorderingen van reddingswerkers betreft, omdat ook reddingswerkers geen schadevergoeding kunnen vorderen als zij slechts omstanders waren.

In *White* wordt geen onderscheid gemaakt tussen professionele en vrijwillige/incidentele hulpverleners. Bij de beoordeling in eerste aanleg van de vorderingen van de politieagenten had rechter Waller dit wel gedaan. Daartoe had hij overwogen dat professionele hulpverleners niet dienen te worden aangemerkt als personen met een normale weerstand, maar als personen “*of extraordinary phlegm hardened to events which would to ordinary persons cause distress.*”¹³⁵ Van hen mag daarom meer verwacht worden dan van gewone werknemers of van vrijwillige hulpverleners. Deze regel wordt ook in sommige staten van de VS toegepast en wordt daar aangeduid als de *fireman's rule*. In *White* wordt deze regel echter niet gevolgd. Lord Hoffmann merkt ter zake op dat een dergelijke regel te star zou zijn. Wel noemt hij, zoals gezegd, de training en ervaring van professionele hulp-

135 Sub 467, geciteerd door Lord Goff of Chieveley.

HOOFDSTUK 11

verleners als argument tegen het gunstiger behandelen van vorderingen van hulpverleners in vergelijking tot andere betrokkenen.

De uitspraak in *White* ten aanzien van hulpverleners is kritisch ontvangen in de literatuur, met name door die schrijvers die ook van mening zijn dat de aansprakelijkheid van de werkgever voor shockschade van zijn werknemers beoordeeld moet worden op basis van zijn arbeidsrechtelijke zorgplicht en niet op basis van criteria uit het algemene aansprakelijkheidsrecht. Deze zelfde schrijvers vinden dat dit uitgangspunt ook voor professionele hulpverleners zou moeten gelden.¹³⁶ Zij zouden voor schadevergoeding in aanmerking moeten kunnen komen als hun shockschade redelijkerwijs voorzienbaar was en als er daadwerkelijk sprake is van een psychische ziekte. Ook de *Law Commission* is deze mening toegedaan.¹³⁷ De uitspraak in *White* wordt in de literatuur wel toegejuicht in zoverre geen *fireman's rule* is geïntroduceerd, dat wil zeggen een regel op grond waarvan professionele hulpverleners minder snel voor schadevergoeding in aanmerking komen dan andere hulpverleners omdat zij geacht worden over extra weerstand te beschikken. Markesinis en Deakin merken ter zake op dat het ook bij professionele hulpverleners in zeer verschrikkelijke situaties voorzienbaar is dat zij psychisch letsel zullen oplopen. Het onderscheid tussen professionele en amateur hulpverleners voegt naar hun mening dan niets toe.¹³⁸

De discussie over de vergoeding van shockschade van professionele hulpverleners speelt ook bij vergoeding op no-fault basis. In het Amerikaanse *workers' compensation* recht wordt in dit opzicht de vraag gesteld of de *unusual stress test*, de toets waarbij een werknemer alleen dan aanspraak kan maken op een vergoeding vanwege psychische arbeidsongeschiktheid als hij kan aantonen dat hij ziek is geworden als gevolg van buitengewone omstandigheden, niet onredelijk is jegens professionele hulpverleners. Uitgangspunt bij die toets is namelijk dat een vergelijking wordt gemaakt met collega's in een vergelijkbare positie bij de eigen werkgever of elders. Bij werknemers die een stressvol beroep uitoefenen, zoals bijvoorbeeld politiemensen of ambulancepersoneel, zal die vergelijking niet snel de conclusie opleveren dat sprake is van *unusual stress*. Het is immers inherent aan het beroep van een professionele hulpverlener dat hij te maken krijgt met stressvolle gebeurtenissen. Om die reden werd door het *Iowa Supreme Court* in de zaak *Moon v. Board of Trustees*¹³⁹ het verzoek van een politiemans om *workers' compensation* afgewezen. De politiemans, die reeds 25 jaar in dienst was, was tijdens zijn werk geconfronteerd met de verdachte van een gewapende roofoverval. Toen de verdachte trachtte te ontsnappen, schoot de politiemans niet omdat hij bang was dat zijn partner geraakt zou worden. Vervolgens kreeg hij nachtmerries over de

136 Handford, *Tort Law Review* 1999, p. 146-147; Markesinis and Deakin, 1999, p. 133, p. 137, p. 523.

137 Law Commission, 1998, p. 110-111.

138 Markesinis and Deakin, 1999, p. 133.

139 548 N.W.2d 565 (Iowa Supreme Court 1996).

gebeurtenis. Een andere gebeurtenis waar hij mee te maken kreeg, was de zelfmoord van een jonge politieagent. De politieman had de jonge agent kort voor de zelfmoord disciplinair gestraft en hij voelde zich schuldig dat hij de problemen van de jongere agent niet had onderkend. Beide incidenten brachten bij hem, naar zijn zeggen, een paniekstoornis teweeg en leidden uiteindelijk tot zijn ontslag wegens ziekte.

Het Iowa Supreme Court wees zijn verzoek om *workers' compensation* af. Naar het oordeel van het hof waren de twee gebeurtenissen "*no more than the day-to-day stresses commonly associated with police departments.*" De politieman had ook zelf erkend dat politieagenten elke dag met leven en dood worden geconfronteerd en dat zij een stressvol beroep hebben. Verder had de korpsbeheerder aangegeven dat geen van de twee incidenten uitzonderlijk stressvol waren.¹⁴⁰

Door de Centrale Raad van Beroep is een vergelijkbare uitspraak gedaan in de in § 11.4.7 besproken zaak waarin een politieambtenaar aanspraak maakte op financiële voorzieningen omdat hij psychisch ziek zou zijn geworden door traumatische gebeurtenissen die hij had meegemaakt tijdens de krakersrellen in Nijmegen in 1981.¹⁴¹ De CRvB overwoog te dien aanzien als volgt:

"De Raad is van oordeel dat met name de eerder bedoelde krakersrellen van februari 1981 als een ernstige verstoring van de openbare orde kunnen worden beschouwd en daardoor niet alleen voor de burger, maar als gevolg van de gewelddadigheid van sommige incidenten jegens een aantal politiefunctionarissen ook voor de laatsten heel confronterend kunnen zijn geweest. Dat confronterende karakter is evenwel inherent aan meer situaties waarin die functionarissen ingevolge hun taak moeten optreden en daarom inherent aan hun functie. Het gegeven dat de krakersrellen van 1981 een aantal politiefunctionarissen in zeer confronterende situaties heeft gebracht, betekent dan ook op zichzelf nog niet dat hun werkomstandigheden een abnormaal of excessief karakter droegen."

Ook de CRvB is dus de mening toegedaan dat het meemaken door professionele hulpverleners van confronterende gebeurtenissen op het werk niet betekent dat sprake is van abnormale of excessieve werkomstandigheden (*unusual stress*) omdat het meemaken van dergelijke gebeurtenissen inherent is aan hun beroep. Een vergelijkbare uitspraak is voorts gedaan door de kantonrechter Enschede in

140 Zie ook *Philadelphia v. Workmen's Compensation Appeal Board Bd.*, 682 A.2d 875 (Philadelphia Commw. Court. 1996), waarin het werk van een politieagent eveneens werd omschreven als *inherently highly stressful* en deze daarom geen aanspraak kon maken op *workers' compensation* voor ziekte als gevolg van het feit dat hij een, naar later bleek ongewapende, demonstrant had neergeschoten, tot twee keer toe daarvoor in rechte was vervolgd – waarbij hij uiteindelijk was vrijgesproken – en in de media was gekapitteld.

141 CRvB 29 maart 2001, TAR 2001, 74.

HOOFDSTUK 11

een zaak van een benzinepompbediende die psychisch arbeidsongeschikt raakte na het meemaken van twee gewapende overvallen op het werk.¹⁴² Het ging hierbij niet om een hulpverlener, maar wel om een vergelijkbaar soort casus. De pompbediende vroeg ontbinding met een vergoeding op de grond dat hij ziek was geworden door het werk en dat dit aan de werkgever was te wijten. De kantonrechter achtte voldoende aannemelijk geworden dat de pompbediende inderdaad psychisch ziek was geworden door de overvallen op het tankstation waarbij hij tot twee keer toe rechtstreeks was bedreigd. De rechter zag echter geen aanleiding voor toekenning van een vergoeding omdat de werkgever niet was tekortgeschoten in zijn zorgplicht en omdat de werknemer wist of had moeten weten dat hij, door bij de werkgever in dienst te treden als pompbediende, een bepaald risico nam. Het ging niet aan, aldus de kantonrechter, om de consequenties van dit risico eenzijdig op de schouders van de werkgever te schuiven.

In de Amerikaanse literatuur wordt onderkend dat toepassing van de *unusual stress test* betekent dat werknemers in stressvolle beroepen niet snel aanspraak kunnen maken op *workers' compensation*. Ter rechtvaardiging hiervan wordt opgemerkt dat deze werknemers zelf voor een stressvol beroep hebben gekozen en in die zin het risico op letsel hebben aanvaard (*risk assumption*). Ook wordt wel aangevoerd dat werknemers in stressvolle beroepen in de regel beter getraind zijn om met stressvolle situaties om te gaan en qua karakter hiervoor beter geschikt zijn dan de gemiddelde werknemer.¹⁴³ Andere schrijvers zijn juist weer kritisch over het toepassen van de *unusual stress test* op werknemers in stressvolle beroepen, zoals professionele hulpverleners, omdat zij dan slechts in zeer uitzonderlijke gevallen aanspraak kunnen maken op een vergoeding en omdat bovendien uit medisch onderzoek blijkt dat langdurige blootstelling aan stressvolle omstandigheden werknemers juist kwetsbaar maakt voor psychische ziekten.¹⁴⁴

11.6.3 Vergoeding van shockschade van hulpverleners: eigen opvatting

In de vorige paragraaf zijn alle argumenten vóór en tegen een gunstiger of minder gunstige behandeling van professionele hulpverleners in vergelijking tot gewone werknemers, daar waar het gaat om de vergoeding van shockschade, aan de orde gekomen. Vóór een soepeler behandeling – of tenminste een niet ongunstiger behandeling – pleit dat uit medisch onderzoek blijkt dat hulpverleners door de langdurige blootstelling aan stressvolle omstandigheden kwetsbaarder worden voor psychische ziekten dan de gemiddelde werknemer alsook dat, door

142 Ktr. Enschede 9 november 1993, *Prg* 1993, 4001.

143 Zie voor bespreking van beide argumenten M.E. Duckworth and T.M. Eick, "Recent Developments in Mental/Mental Cases under the Iowa Workers' Compensation Law", *Drake Law Review* 1997, 809-838.

144 Zie onder meer Pattison and Varca, 29 *Land and Water Law Review* 1994, p. 166-167.

aan aansprakelijkheid voor hun letsel zwaardere eisen te stellen dan aan 'gewone' werknemers, er sprake is van een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling.¹⁴⁵ Vóór een minder gunstige benadering van professionele hulpverleners dan van gewone werknemers pleit het argument van de risicoaanvaarding, dat wil zeggen dat een hulpverlener zelf voor een stressvol beroep heeft gekozen en daarom het risico op shockschade als gevolg daarvan op de koop toe moet nemen.¹⁴⁶ Daarbij wordt wel aangevoerd dat voornamelijk een bepaald type persoon voor dit werk zou kiezen. Deze zou vanwege zijn persoonlijkheidsstructuur tegen de stress en schokkende ervaringen die met het beroep samenhangen bestand zijn.¹⁴⁷ Daarnaast wordt wel opgemerkt dat professionele hulpverleners, vanuit hun ervaring en vanuit de opleiding die zij voor hun werk hebben gehad, beter bestand zijn tegen de gevolgen van traumatische ervaringen.¹⁴⁸

Aan dit laatste punt is door Butler toegevoegd dat, als dit beroep op extra weerstand door opleiding en ervaring wordt gehonoreerd, wel concreet moet worden vastgesteld over hoeveel extra ervaring en opleiding een bepaalde hulpverlener beschikt. In dit opzicht bestaan er immers verschillen tussen hulpverleners onderling. Een dergelijke vaststelling is echter niet eenvoudig, aldus Butler, omdat tot op heden geen algemeen geldende maatstaf is ontwikkeld aan de hand waarvan kan worden bepaald wanneer zodanige training is ontvangen en zodanige ervaring is opgedaan dat een extra weerstand tegen de gevolgen van traumatische gebeurtenissen verwacht mag worden, en een dergelijke maatstaf ook niet eenvoudig valt vast te stellen.¹⁴⁹

Naar mijn mening is het, gelet op de gevolgen die herhaalde blootstelling aan schokkende gebeurtenissen blijkens de psychiatrische literatuur kan hebben, niet aan te bevelen om een regel te hanteren, inhoudende dat ten aanzien van professionele hulpverleners minder snel aansprakelijkheid moet worden aangenomen vanwege een veronderstelde hogere weerstand. Anderzijds zie ik ook weinig heil in het sneller aannemen van aansprakelijkheid voor psychisch letsel van hulpverleners in vergelijking tot andere werknemers omdat ook niet vaststaat dat hulpverleners psychisch kwetsbaarder zijn dan andere werknemers. Dat zij mogelijk meer weerstand hebben tegen shockschade vanwege opleiding en ervaring valt in dit opzicht weg tegen de omstandigheid dat herhaalde blootstelling aan schokkende gebeurtenissen tot uitholling van diezelfde weerstand kan leiden. Het

145 Vgl. Butler, 2002, p. 10 en de medische literatuur genoemd in noot 27 op die bladzijde.

146 In het Nederlandse recht is dit standpunt te vinden bij Den Hollander, *TVP* 2002, p. 39.

147 Zie ook Duckworth and Eick, *Drake Law Review* 1997, p. 829 en Waller J. in de zaak *White* in eerste aanleg, geciteerd door Lord Goff of Chieveley in *White* [1999] 2 AC sub 467.

148 Zie bijvoorbeeld Lord Hoffman in *White* [1999] 2 AC, sub 509.

149 Butler, 2002, p. 122-124.

HOOFDSTUK 11

argument van de risicoaanvaarding dient naar mijn mening niet zwaar mee te wegen, omdat niet valt in te zien waarom toepassing van een dergelijk argument beperkt zou moeten blijven tot professionele hulpverleners. Als een dergelijk argument zou worden gehonoreerd, kan van elke werknemer gezegd worden dat hij de risico's behorend bij zijn beroep maar moet accepteren omdat hij nu eenmaal voor dat beroep heeft gekozen.¹⁵⁰ Voor werkgeversaansprakelijkheid blijft dan weinig ruimte over. De gedachte is echter juist dat een werkgever, gezien zijn sociaal-economische positie in vergelijking tot die van de werknemer en vanwege zijn zeggenschap over de arbeidsomstandigheden, dient te waken voor de veiligheid en gezondheid van een werknemer. Daarbij past niet dat risico's die inherent zijn aan een bepaalde functie (volledig) op het bordje van een werknemer worden gelegd. Natuurlijk verschilt de inhoud van de zorgplicht van de werkgever al naar gelang het soort werk dat wordt verricht en zal de invulling daarvan dus anders zijn in het geval van een politiemann dan in het geval van, bijvoorbeeld, een caissière. Reden daarvoor is echter niet zozeer een vorm van risicoaanvaarding, maar, met name, de aard van een bepaalde functie en de risico's die daaraan verbonden zijn, en, in mindere mate, de opleiding en ervaring van de betrokken werknemer.¹⁵¹

Uitgaande van het standpunt dat er onvoldoende redenen zijn om professionele hulpverleners a priori anders te behandelen dan andere werknemers dient naar mijn mening ook bij hen het uitgangspunt te worden gehanteerd dat de werkgever aansprakelijk is voor die shockschade die redelijkerwijs voorzienbaar was – gelet op de aard van het werk, de daaraan inherente risico's, de eventuele kennis van de werkgever van kwetsbaarheden van de werknemer, etc. – maar ter voorkoming waarvan de werkgever niettemin geen maatregelen heeft genomen, terwijl dit wel van hem verwacht had mogen worden. Daarbij dient dan ook voldaan te zijn aan de vereisten dat een rechtstreekse confrontatie met de traumatische gebeurtenis of de directe afloop ervan heeft plaatsgevonden (uitzonderingsgevallen daargelaten), dat daadwerkelijk sprake is van een psychische ziekte en dat deze het gevolg is van de gebeurtenis. Aan het vereiste van confrontatie met de traumatische gebeurtenis of met de directe afloop ervan zal overigens in de regel voldaan zijn, omdat het inherent is aan het beroep van hulpverlener dat hij hulp verleent ten tijde van of kort na afloop van een ongeval/traumatische gebeurtenis.

Voor zover shockschade van hulpverleners wordt vergoed middels een no-fault vergoedingssysteem dient naar mijn mening grosso modo hetzelfde te gelden.

150 Zie ook de in de vorige paragraaf besproken uitspraak van de kantonrechter Enschede 9 november 1993, *PrG* 1993, 4001, waarin van een benzinepompbediende werd gezegd dat hij geacht werd door indiensttreding de risico's behorend bij zijn beroep te hebben aanvaard.

151 Zie voor een arrest van de Hoge Raad waarin aan het aspect van opleiding en ervaring uitdrukkelijk aandacht werd besteed bij de invulling van de zorgplicht: HR 16 mei 2003, *JAR* 2003, 147.

Ook daarbij lijkt mij een zekere afbakening op zijn plaats teneinde te voorkomen dat ook werknemers die niet bij een schokkende gebeurtenis of de nasleep daarvan zijn geweest, aanspraak maken op vergoeding van shockschade, terwijl twijfelachtig is of deze wel het gevolg is van de gebeurtenis op het werk en niet van daarbuiten gelegen omstandigheden. Een dergelijke afbakening kan worden gemaakt door alleen dan aan te nemen dat sprake is van abnormale werkomstandigheden/*unusual stress* indien een hulpverlener direct is geconfronteerd met de traumatische gebeurtenis. Ook via de *traumatic event test* kan een dergelijke afbakening worden gemaakt middels het weerstandsvereiste of door bepaalde eisen te stellen aan de ernst van de gebeurtenis. Ik verwijs op dit punt naar hetgeen besproken is in § 11.4.7. Ook hier geldt dat inherent is aan het beroep van hulpverlener dat hij hulp verleent bij traumatische gebeurtenissen, zodat het vereiste van de rechtstreekse confrontatie niet snel in de weg zal staan aan een recht op vergoeding van shockschade.

Een bijzonderheid bij de groep hulpverleners is nog dat het psychisch letsel van deze werknemers vaak het gevolg zal zijn van gebeurtenissen waarvoor de werkgever niet aansprakelijk kan worden gehouden (of dit nu direct geschiedt of indirect in een systeem van no-fault vergoeding), omdat geen sprake is van tekortschieten van zijn kant. Een werkgever kan er niet voor aansprakelijk worden gehouden dat een brandweerman geconfronteerd wordt met door brand omgekomen of verwonde mensen en evenmin dat ambulancepersoneel te maken krijgt met ernstig verwonde personen, bijvoorbeeld door een verkeersongeval. Dergelijke confrontaties vormen onlosmakelijk deel van het werk van de brandweerman/vrouw of ambulancemedewerker. De verplichtingen die een werkgever heeft ter voorkoming van shockschade van professionele hulpverleners zullen dan ook veelal niet betrekking hebben op de gebeurtenis zelf, maar op het zorgen voor voldoende voorbereiding en voor adequate nazorg en wellicht ook op het aanbieden van extra voorzieningen. Op deze verplichtingen zal in § 11.7 nader worden ingegaan.

11.7 Psychisch letsel door een gebrek aan nazorg

11.7.1 Uitwerking vraagstelling

In veel gevallen zal, zoals hiervoor werd opgemerkt, het niet te voorkomen zijn dat een werknemer, zeker indien hij een bepaald risicovol beroep uitoefent, te maken krijgt met potentieel traumatiserende gebeurtenissen op het werk. Voor zover een werknemer psychisch ziek wordt door die gebeurtenis zal een werkgever hier niet veel aan kunnen doen. Een werkgever kan echter wel, door adequate nazorg te bieden, het voortbestaan of de verergering van deze klachten voorkomen. Uit psychologische en psychiatrische literatuur blijkt dat, naast een goede voorbereiding en training van werknemers die risicovol werk gaan doen, adequate opvang na traumatische gebeurtenissen psychische klachten kan verminderen, kan voorkomen dat er langdurige of zelfs chronische klachten ontstaan en

HOOFDSTUK 11

een snel herstel van eventuele klachten kan bevorderen.¹⁵² Gelet hierop lijkt van een werkgever, wiens werknemers blootstaan aan potentieel traumatiserende gebeurtenissen, verwacht te mogen worden dat hij zorgt voor een effectief opvangprogramma. Het staat echter niet steeds vast wanneer een werkgever een dergelijke verplichting heeft en ook niet wanneer hij hieraan heeft voldaan, dat wil zeggen wanneer van effectieve nazorg sprake is. In de hiernavolgende paragrafen zal aan deze vragen nader aandacht worden besteed.

11.7.2 *Verplichting tot het bieden van nazorg naar Nederlands recht*

In de Nederlandse rechtspraak zijn tot nog toe een vijftal uitspraken gedaan over mogelijke aansprakelijkheid van de werkgever voor het niet bieden van adequate nazorg.¹⁵³ Vier uitspraken zijn gedaan in aansprakelijkheidszaken; één in een procedure inzake kennelijk onredelijk ontslag. Van de vijf uitspraken gaan er twee over uit oorlogsgebied teruggekeerde militairen, één is de al eerder besproken zaak over de mishandelde medewerker van de Sociale Dienst, één betreft een machinist die negen zelfdodingen voor zijn trein heeft meegemaakt, en de laatste een werkneemster die ziek is geworden na een overval op het werk te hebben meegemaakt. In het hiernavolgende zal eerst de inhoud van de uitspraken worden weergegeven. Daarna zal op een aantal meer algemene punten worden ingegaan. De eerste twee uitspraken betreffen militairen die naar respectievelijk Bosnië en voormalig Joegoslavië¹⁵⁴ uitgezonden zijn geweest en daar traumatische gebeurtenissen hebben meegemaakt als gevolg waarvan bij hen een posttraumatische stress stoornis (PTSS) is ontstaan. De eerste militair lijdt daarnaast ook aan straatvrees en de tweede militair heeft op enig moment brand gesticht in het huis van zijn burens en de dag daarna in zijn eigen huis. Beide militairen stellen hun werkgever, de staatssecretaris van Defensie, voor hun psychische ziekte aansprakelijk, niet omdat zij niet blootgesteld hadden mogen worden aan de gebeurtenissen zelf, maar omdat hen onvoldoende nazorg en medische hulp zou zijn geboden na terugkeer.¹⁵⁵ In eerste aanleg wordt het beroep van de eerste militair ongegrond

152 Zie uitgebreid over de medische achtergronden van nazorg: Butler, 2002, p. 27-40.

153 Zie ook M.S.A. Vegter, "(Schade)vergoeding voor werkgerelateerde shockschade", *Sociaal Recht* 2002, p. 311-319.

154 Bosnië behoorde voorheen natuurlijk ook tot Joegoslavië. In de uitspraken van de CRvB wordt in de ene uitspraak echter gesproken over Bosnië en in de andere over voormalig Joegoslavië.

155 CRvB 9 oktober 2003, *JB* 2003, 327 (eerste aanleg: Rb. 's-Gravenhage 9 april 2001, *TAR* 2001, 83) en CRvB 9 oktober 2003, *JB* 2003, 328 (eerste aanleg: Rb. 's-Gravenhage 15 juni 2001, *TAR* 2001, 103). De militair in de eerste zaak had ook gesteld dat hij ten onrechte voor uitzending in aanmerking is gebracht zonder voorafgaande keuring. Deze stelling wordt zowel in eerste aanleg als in hoger beroep van de hand gewezen omdat Defensie volgens de rechters geen aanleiding had voor een keuring en zal hier verder buiten beschouwing blijven.

verklaard en dat van de tweede gegrond. In hoger beroep wordt echter in beide zaken geoordeeld dat Defensie niet is tekortgeschoten in haar verplichtingen.

In de eerste zaak had de rechtbank in eerste aanleg vastgesteld dat de militair na terugkeer uit Bosnië psychiatrische hulp heeft gekregen nadat hij zich ziek had gemeld. Toen de psychiater uitviel wegens ziekte is een andere psychiater voor hem gezocht. Toen hij ging verhuizen, heeft hij in overleg met Defensie een psycholoog in zijn nieuwe woonplaats gezocht en gevonden. De rechtbank acht het begrijpelijk dat de militair, achteraf gezien, meer betrokkenheid van Defensie had gewenst bij de organisatie van de opvang en medische hulpverlening, maar acht dit niet voldoende om te concluderen dat Defensie onzorgvuldig heeft gehandeld.

In hoger beroep komt de CRvB tot eenzelfde oordeel. De CRvB overweegt dat ten tijde van de uitzending luitenant-kolonel psycholoog Martens ter plaatse aanwezig was, dat de militair na een traumatische ervaring met deze psycholoog heeft gesproken en dat dezelfde psycholoog de debriefing in Zagreb heeft verzorgd. De militair heeft zelf tot twee keer toe behandelingen bij psychiaters in Nederland afgebroken. Daarom kan niet staande worden gehouden dat de "brokkelige en inconsistente professionele begeleiding" waarover wordt gesproken in een later opgesteld psychiatrisch rapport te wijten is aan de behandelend militaire artsen.

In de tweede zaak is de rechtbank wel van oordeel dat Defensie te weinig aan nazorg heeft gedaan:

De rechtbank oordeelt dat, gezien de ervaringen die eerder zijn opgedaan met de van uitzending naar Libanon teruggekeerde militairen en gelet op de in 1990 gepubliceerde onderzoeksresultaten van een studie naar de psychische gevolgen van traumatische (oorlogs)ervaringen bij Vietnam veteranen, Defensie behoorde te weten dat psychische problemen als PTSS bij van uitzending teruggekeerde militairen kunnen voorkomen. Daarom had Defensie adequate maatregelen moeten nemen ter voorkoming daarvan. In onderhavig geval is de nazorg tot aan de brandstichtingen evenwel beperkt gebleven tot één groepsgesprek van één uur, waarbij de groep bestond uit een divers gezelschap en de ervaringen die de groepsleden bij hun uitzending hadden opgedaan zeer verschillend bleken te zijn. Daarnaast heeft Defensie niet alert gereageerd toen de militair en zijn omgeving signalen gaven dat hij psychische problemen ondervond. Ook had de zelfmoord van een pelotongenoot van de militair Defensie ertoe aan moeten zetten om op zijn minst te inventariseren of bij collega's van de overledene wellicht ook sprake was van tot dan toe niet onderkend psychisch lijden, hetgeen Defensie niet heeft gedaan.

De CRvB komt in hoger beroep echter tot een ander oordeel en wijst aansprakelijkheid van Defensie van de hand.

Volgens de CRvB schoot het destijds, in 1992, bestaande nazorgprogramma, gelet op de toen aanwezige kennis over het voorkomen van PTSS bij uit oorlogsgebieden terugkerende militairen, niet zodanig tekort dat van onrechtmatig handelen van Defensie moet worden gesproken. Dat het nazorgprogramma voor verbetering vatbaar is gebleken, rechtvaardigt deze conclusie niet. Gebleken is dat de militair, voorafgaand aan de groepsdebriefing, al korte gesprekken heeft gehad met een psychiater en een arts van Defensie. Verder is hem door leidinggevenden verteld dat de dag van de debriefing bij uitstek het moment was om eventuele psychische problemen te bespre-

HOOFDSTUK 11

ken alsook dat hij daarvoor bij een ieder die vanuit Defensie aanwezig was, kon aankloppen. De debriefing is daarom niet onzorgvuldig geweest, aldus de CRvB. Verder zijn er meerdere contacten geweest tussen de militair en medewerkers van de Maatschappelijke Dienst Defensie en heeft een medewerker van deze dienst, naar aanleiding van de signalen van de toenmalige echtgenote van de militair, tot tweemaal toe een huisbezoek afgelegd en een telefoonnummer achtergelaten dat de militair dag en nacht kon bellen. De CRvB ziet niet in dat, bij het ontbreken van meer specifieke signalen van de militair, Defensie aanleiding had moeten zien om directe actie jegens hem te ondernemen na de zelfmoord van een pelotongenoot.

Zowel de rechtbank als de CRvB gaat er blijkens deze uitspraken van uit dat er een verplichting bestaat om nazorg te bieden na uitzending naar oorlogsgebied. De rechtbank leidt dit in de tweede zaak af uit de ervaringen die zijn opgedaan met van uitzending naar Libanon teruggekeerde militairen en uit de in 1990 gepubliceerde onderzoeksresultaten naar de ervaringen van Vietnam veteranen. De verplichting tot het bieden van nazorg bestaat volgens de rechtbank dus kennelijk vanaf circa 1990. De CRvB gaat hier niet verder op in. Defensie had overigens ook niet betwist dat zij nazorg diende te bieden, want had er op gewezen dat zij vanaf 1992 pro-actief bezig is geweest met het bieden van hulp aan uit te zenden en uitgezonden militairen. Discussie is er wel over de inhoud van het nazorgprogramma. Daarop zal hieronder nog nader worden ingegaan.

Door de militairen was nog betoogd dat Defensie een risicoaansprakelijkheid heeft voor letsel van uit oorlogsgebieden terugkerende militairen, gelet op het feit dat blijkens onderzoek een vast percentage van deze militairen een PTSS ontwikkelt. De CRvB wijst dit standpunt evenwel van de hand met de overweging dat Defensie niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de ingrijpende gebeurtenissen die de militairen hebben meegemaakt, zodat er geen enkel aanknopingspunt bestaat voor risicoaansprakelijkheid.¹⁵⁶

De derde uitspraak waarin de verplichting tot het bieden van nazorg aan de orde komt, is eveneens gedaan in een ambtenarenzaak, te weten in de al eerder besproken zaak van de mishandelde medewerker van de Sociale Dienst.¹⁵⁷ In deze zaak had de medewerker zowel gesteld dat zijn werkgever meer maatregelen had moeten nemen om de mishandeling te voorkomen alsook dat hem te weinig opvang was geboden na de mishandeling. In dit tweede opzicht had hij aangevoerd dat op de dag van het incident niemand van slachtofferopvang aanwezig was en dat de wel aanwezige medewerkers van de Sociale Dienst direct na het voorval al hun aandacht hadden gericht op de agressieve cliënt. Verder zou aan de medewerker, toen hij weer terug op het werk was, vrijwel meteen baliewerk zijn opgedragen.

156 CRvB 9 oktober 2003, *JB* 2003, 327, r.o. 5.2. Kritisch hierover is annotator G.E. van Maanen in zijn noot bij deze en de andere uitspraak van de CRvB (*JB* 2003, 328).

157 Rb. Amsterdam 11 januari 2002, *TAR* 2002, 46 en CRvB 1 juli 2004, *TAR* 2004, 141. Zie ook § 11.3.2.

PSYCHISCH LETSEL DOOR MEEMAKEN VAN TRAUMATISCHE GEBEURTENIS OP WERK

De rechtbank¹⁵⁸ stelt vast dat de Sociale Dienst een vast opvangprotocol kent aan de hand waarvan de eerste opvang van slachtoffers wordt verzorgd door getrainde collega-medewerkers. Gebleken is dat de medewerker binnen vijf dagen na het incident, alsmede tweemaal daarna, is opgevangen door zijn directe chef die gespecialiseerd opvangmedewerkster is, dat hij is begeleid door de bedrijfsmaatschappelijk werkster, dat bemiddeling bij behandeling door de psychotherapeute van het Instituut voor Psychotrauma heeft plaatsgehad, dat hem juridische bijstand is geboden, dat hij naar de EHBO is gebracht voor de behandeling van zijn kneuzingen en schrammen en dat de rekening van die behandeling is betaald.

Gelet op deze inspanningen is de rechtbank van oordeel dat niet kan worden gezegd dat de Sociale Dienst is tekortgeschoten in haar verplichting voldoende nazorg te bieden. Dit verandert niet met de omstandigheid dat de medewerker vrijwel meteen na terugkomst is opgedragen baliewerk te verrichten, aangezien hiermee onmiddellijk is gestopt toen bleek dat het niet goed ging. Ook de omstandigheid dat direct na het incident alle aandacht naar de agressieve cliënt uitging, hetgeen blijkens de stukken en het verhandelde ter zitting door de medewerker als zeer kwetsend is ervaren, kan niet leiden tot de vaststelling dat de Sociale Dienst haar zorgplicht heeft geschonden.

Ook hier is het weer de inhoud van de verplichting tot nazorg die centraal staat, en niet het bestaan van de verplichting als zodanig. Iets anders lag dit in een civiele zaak waarin de vraag aan de orde was of een machinist van de NS, die een PTSS had ontwikkeld nadat hij tot negen keer toe te maken had gekregen met een zelfdoding voor zijn trein, aanspraak kon maken op schadevergoeding.¹⁵⁹ De machinist stelde dat de NS hem de eerste acht keer op geen enkele wijze had opgevangen met als gevolg dat hij uiteindelijk, na de negende zelfmoord medio 2000, psychisch was ingestort.

De kantonrechter stelt vast dat het vóórkomen van zelfdodingen de NS niet kan worden aangerekend. Waar het om gaat is of de NS de machinist meer begeleiding en hulp had moeten geven dan zij heeft gedaan. Vaststaat dat de NS inmiddels wel psychologische begeleiding geeft. De kantonrechter overweegt in dit opzicht dat de stand van de wetenschap omtrent de effecten van psychologische en vroegtijdige hulp en begeleiding van mensen die indringend geconfronteerd worden met potentieel traumatiserende gebeurtenissen, de NS kan verplichten tot het nemen van maatregelen. Benoeming van een deskundige om daarover te rapporteren, ligt in de rede. De NS moet informatie verstrekken over het aantal zelfdodingen, het aantal ziekmeldingen naar aanleiding daarvan, de gegevens over het risico op een dergelijk ongeval die zij aan haar aansprakelijkheidsverzekeraar heeft verstrekt, de voorwaarden die de verzekeraar heeft gesteld ten aanzien van te nemen maatregelen, de begeleiding die de NS inmiddels biedt en sinds wanneer zij dat doet. De machinist moet aangeven in welke jaren hij met de zelfdodingen is geconfronteerd.

158 In hoger beroep is het oordeel van de rechtbank door de CRvB bevestigd. Daarbij wordt echter niet afzonderlijk op de nazorg ingegaan.

159 Ktr. Utrecht 4 september 2002, *JAR* 2002, 220. Zie ook M.S.A. Vegter, "Werkgeversaansprakelijkheid voor psychisch letsel, Rb. Utrecht, 4 september 2002, *JAR* 2002, 220", *TVP* 2002, p. 95-99.

HOOFDSTUK 11

De NS heeft tegen deze uitspraak hoger beroep ingesteld, maar hangende het hoger beroep hebben partijen een schikking getroffen.¹⁶⁰ De rechter laat in deze zaak de vraag of de NS een verplichting had tot het bieden van nazorg, en zo ja vanaf wanneer, over aan een te benoemen deskundige. Wel merkt de rechter op vooralsnog aan te nemen dat laagdrempelige psychologische opvang voor machinisten die met een suïcide zijn geconfronteerd, zinvol is om de gevolgen van dergelijke traumatische ervaringen te beperken.¹⁶¹ De rechter lijkt er dus wel van uit te gaan dat er een zekere verplichting bestaat tot het bieden van opvang. In de laatste hier te bespreken uitspraak tenslotte vorderde een werknemster toekenning aan haar van een vergoeding uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag omdat zij ziek zou zijn geworden door de spanningen die zij zou hebben ondervonden door een overval die zij op het werk had meegemaakt en door de volgens haar inadequate nazorg daarna.¹⁶²

De kantonrechter wijst haar vordering echter af. De rechter is van mening dat de overval wel de aanleiding is geweest voor de ziekmelding, maar overweegt dat de arbeidsongeschiktheid toch niet aan de werkgever kan worden toegerekend omdat niet is komen vast te staan dat deze onvoldoende zorg aan de werknemster heeft besteed na en vanwege de overval. De werknemster heeft mee kunnen doen met de bedrijfshulpverlening en de leidinggevende heeft diverse huisbezoeken bij haar afgelegd. Verder heeft de werknemster niet bestreden dat twee collega's die de overval ook hebben meegemaakt na een rustperiode zonder probleem hun werk hebben hervat. De werkgever is derhalve niet tekortgeschoten in de van een goed werkgever te verwachten zorg en aandacht.

Ook hier wordt niet betwist dat de werkgever zorg en aandacht aan de werknemster moest besteden na de overval, maar is het wederom de vraag hoeveel de werkgever had moeten doen.

11.7.3 Inhoud van de verplichting tot het bieden van nazorg naar Nederlands recht

Het is lastig om uit de hiervoor besproken vijf uitspraken, die betrekking hebben op verschillende soorten gebeurtenissen – respectievelijk oorlogservaringen, mishandeling, zelfdodingen voor de trein en een overval op het werk – af te leiden wat een werkgever precies moet doen teneinde te voldoen aan zijn verplichting tot het bieden van adequate nazorg. Blijkens de uitspraken in de zaken van de militairen vond de CRvB het voldoende dat er ten tijde van de uitzending een psycholoog aanwezig was die beschikbaar was voor gesprekken, dat er een

160 In dat kader heeft NS een schadevergoeding aan de machinist betaald in ruil voor het afzien van verdere aanspraken. Zie "Vergoeding machinist na zelfmoorden", NRC 3 mei 2004.

161 Ktr. Utrecht 4 september 2002, JAR 2002, 220 onder 4.2.

162 Ktr. Amsterdam 30 mei 2001, JAR 2001, 242.

debriefing heeft plaatsgevonden na terugkeer en er op die dag de mogelijkheid bestond om medewerkers van Defensie aan te klampen, en dat er vanuit Defensie getracht is om contact op te nemen na signalen over problemen. Voor het overige is de CRvB kennelijk van mening dat van militairen mag worden verwacht dat zij desgewenst zelf om hulp vragen, gelet op de overweging van de CRvB in de tweede zaak dat actiever optreden van Defensie niet noodzakelijk was, vanwege het uitblijven van specifieke signalen van de betrokken militair.

Uit kamervragen aan de staatssecretaris van Defensie en door deze gegeven antwoorden d.d. 27 november 2003¹⁶³ blijkt dat het huidige opvangprogramma er als volgt uitziet: Tijdens de uitzending is professionele zorg aanwezig en is er een buddysysteem waarbij militairen op elkaar letten of het wel goed gaat.¹⁶⁴ Aan het einde van de uitzending worden militairen en hun thuisfront door onder meer psychologische *debriefing*, voorlichting en medische zorg voorbereid op de terugkeer. Na uitzending volgt een reïntegratiegesprek en na circa zes maanden wordt een psychologische nazorgvragenlijst ingevuld. Voorts zijn er terugkomdagen en reünies. Ook kunnen de veteranen gebruik maken van de psychosociale zorginstellingen van Defensie. De staatssecretaris achtte dit programma eind 2003 nog voldoende, maar kondigde wel, mede naar aanleiding van een onderzoek van het Veteraneninstituut waarin onder meer gewag werd gemaakt van 15 zelfdodingen tijdens de uitzending,¹⁶⁵ aan opdracht te zullen geven tot een breed onderzoek naar de eventuele effecten op gedrag en gezondheid van een uitzending.

Vervolgens is in juli 2004 een rapport uitgebracht door Luitenant-generaal b.d. De Veer over verbetering van de veteranenzorg.¹⁶⁶ In dit rapport wordt geconstateerd dat de psychische nazorg voor militairen nog verschillende tekortkomingen vertoont. Elk onderdeel van Defensie heeft, aldus De Veer, zijn eigen beleid, de zorg na het verlaten van de dienst is versnipperd en een sluitend registratiesysteem voor militair personeel dat de dienst heeft verlaten, ontbreekt. Verder is er behoefte aan een eenduidige visie op de te verlenen geestelijke gezondheidszorg.¹⁶⁷ In reactie op dit rapport heeft de staatssecretaris professor Gersons gevraagd om een zorgvisie te ontwikkelen waarbij de zorgverlening door alle krijgsmachtdelen identiek is en om aan te geven wat het beste beleid is in de voorbereiding

163 Vragen aan en antwoorden van staatssecretaris van Defensie, Van der Knaap, TK 2003-2004, 535.

164 Zie ook de beantwoording door Van der Knaap van vragen van Kamerlid Russell (CDA) tijdens de behandeling van de Defensiebegroting door de Eerste Kamer: Handelingen 2003-2004, 29200 X en 29200 V, nr. 16 Eerste Kamer, p. 4 en p. 42.

165 Volgens de staatssecretaris waren het overigens geen 15, maar 6 zelfdodingen.

166 "Advies Veteranenzorg", bijlage bij niet-dossierstuk 2003-2004 def0400133. Zie ook "Registratie voor traumazorg bij veteranen", NRC 14 juli 2004.

167 Zie met name de conclusies en aanbevelingen van het rapport op pagina 11 en 12. De vindplaats van het rapport is genoemd in noot 164.

HOOFDSTUK 11

van een uitzending, tijdens de uitzending en na de uitzending. Dit advies zal naar verwachting in juli 2005 gereed zijn.¹⁶⁸ Aan een verbeterd registratiesysteem voor veteranen wordt gewerkt, aldus de staatssecretaris.¹⁶⁹

Kritiek op het huidige opvangprogramma is overigens niet alleen door De Veer geuit, maar is ook afkomstig uit kringen van psychologen en van voormalig vredessoldaten zelf. Deze kritiek richt zich vooral op de vrijblijvendheid van de nazorg. Door een voormalige VN-soldaat die naar Bosnië uitgezonden is geweest, wordt aangegeven dat de *debriefing* uit een gesprek bestond met alle pelotongenoten (25 man) op de laatste dag van de uitzending en dat de verdere opvang in Nederland weinig inhield. Deze militair concludeert dat de nazorg veel minder vrijblijvend moet en ook veel langer moet doorlopen, tenminste gedurende een paar jaar.¹⁷⁰ Ook in een artikel van psycholoog en historicus Runia wordt gepleit voor een minder vrijblijvende benadering vanuit de gedachte dat juist die militairen die hulp het hardste nodig hebben, er veelal niet om vragen.¹⁷¹

De rechtbank 's-Gravenhage had in de uitspraak die door de CRvB is vernietigd, overwogen dat door Defensie zo nodig actief psychiatrische of psychologische hulp moet worden geboden en dat het niet voldoende is als een militair op verzoek psychiatrische of psychologische hulp kan krijgen.¹⁷² De rechtbank is dus van mening dat een actieve houding van de werkgever nodig is. Ook in de uitspraak over de Sociale Dienst komt dit aspect naar voren. Uit deze uitspraak valt af te leiden dat een werkgever adequaat handelt als hij ervoor zorgt dat een in traumaopvang gespecialiseerde werknemer na een traumatische gebeurtenis meerdere keren contact opneemt met degene die bij het incident betrokken was, als wordt bemiddeld naar psychologische of psychiatrische behandeling en als voor directe opvang na de gebeurtenis wordt gezorgd. Verder lijkt het van belang om direct na de gebeurtenis aandacht aan het slachtoffer te besteden. De medewerker van de Sociale Dienst was in dit geval ernstig gegriefd doordat na de mishandeling alle aandacht uitging naar de agressieve cliënt in plaats van naar hem. De rechtbank vond dat de Sociale Dienst in dit opzicht niet haar zorgplicht had geschonden, waarbij de rechtbank vooral lette op hetgeen de Sociale Dienst wel had gedaan. Gezegd kan echter worden dat het belangrijk is om na een gebeurtenis zoals mishandeling, direct aandacht aan het slachtoffer te besteden.

In de uitspraak inzake kennelijk onredelijk ontslag van de werknemster die stelde ziek te zijn geworden door het meemaken van een overval op het werk en

168 Verslag nota-overleg van 22 november 2004 over Defensiepersoneel, TK 2004-2005, 29800 X, nr. 54, p. 22.

169 De reactie van de staatssecretaris op het rapport van De Veer is te vinden in de 'Personeelsbrief 2004', TK 2004-2005, 29800 X, nr. 5.

170 "Red de blauwe baret" door oud-soldaat Barry Hofstede in NRC 27 & 28 maart 2004.

171 Eelco Runia, "De haat van de vredessoldaat", NRC 13 & 14 maart 2004, p. 34.

172 Rb. 's-Gravenhage 15 juni 2001, TAR 2001, 103.

de haars inziens gebrekkige opvang daarna vond de rechter het voldoende dat de werknemster na de overval mee had kunnen doen met de bedrijfshulpverlening en dat de leidinggevende diverse huisbezoeken bij haar had afgelegd. In de NS-uitspraak wordt geen oordeel gegeven over de adequaatheid van de nazorg, maar wordt aan een deskundige gevraagd om hierover te rapporteren. Het protocol over de te bieden nazorg bij, onder meer, zelfdodingen¹⁷³ voor de trein dat NS thans hanteert, houdt in dat direct na een melding van een zelfdoding opvang ter plekke plaatsvindt van de machinist, dat de volgende dag door de machinist en zijn direct leidinggevende wordt nagegaan wie de eerstelijns hulpverlening zal uitvoeren, dat wil zeggen de bedrijfsarts of een maatschappelijk werker, dat uiterlijk drie dagen na de schokkende gebeurtenis door deze hulpverlener contact wordt opgenomen met de machinist, dat verdere gesprekken naar behoefte plaatsvinden en dat bij het stagneren van de klachten doorverwezen wordt naar een instelling die is gespecialiseerd in het verlenen van hulp bij traumagerelateerde klachten.¹⁷⁴ Verder dient de werknemer na een maand met behulp van een bij NS beschikbare zelftest na te gaan of hij nog last heeft van de schokkende gebeurtenis of van posttraumatische stress. Is dat het geval, dan is hij verplicht om contact op te nemen met de bedrijfsarts. Tot slot blijft de direct leidinggevende betrokken bij het nazorgtraject van de werknemer

Enigszins vergelijkbare nazorgprogramma's als bij de NS zijn te vinden bij de brandweer en de politie Amsterdam.¹⁷⁵ Het beleid van de brandweer houdt in dat in iedere kazerne een brandweerman/vrouw aanwezig is die lid is van een overkoepelend Bedrijfs Opvang Team. Deze brandweerman is geschoold op het gebied van psychische nazorg. Hij organiseert, na een traumatische gebeurtenis, één of meerdere bijeenkomsten met alle betrokken brandweerlieden (*debriefings*) en kan voorts beslissen dat een psychisch labiele werknemer tijdelijk ander werk krijgt, zodat hij niet in de 'frontlinie' hoeft te opereren. Bij de politie bestaat een vergelijkbaar opvangteam, het Zelfhulpteam Ingrijpende Gebeurtenissen (ZIG), dat bestaat uit in opvang gespecialiseerde mensen. Ook hier wordt na een traumatische gebeurtenis een *debriefing* georganiseerd. Naar aanleiding daarvan probeert het betrokken lid van het ZIG in te schatten of bepaalde agenten mogelijk

173 Het protocol geldt ook voor andere schokkende gebeurtenissen als een poging tot zelfdoding, een ongeval met dodelijke afloop of ernstig letsel, levensbedreigende agressie, een beroving of overval, en het gebruik van wapens. Het betreft een intern protocol van de afdeling Personeel en Organisatie van NS getiteld "Beleid opvang en nazorg schokkende gebeurtenissen".

174 Zie het in de vorige noot genoemde protocol.

175 Deze programma's zijn kenbaar uit het artikel van A.J. Verheij, "Vergoedbaarheid van shockschade van professionele hulpverleners bij rampen" in A.J. Akkermans en E.H.P. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen 2002, p. 281-303. Niet uit te sluiten valt dat deze nazorgprogramma's er thans niet meer exact hetzelfde uitzien als in 2002.

HOOFDSTUK 11

psychische problemen ondervinden naar aanleiding van de gebeurtenissen. Deze kan hij dan benaderen en vragen of behoefte is aan een gesprek of psychologische begeleiding. Ook kan hij de leidinggevende opmerkzaam maken op de klachten van deze persoon. Verder houdt ook hier het beleid in dat een agent tijdelijk andere werkzaamheden, buiten de 'frontlinie', kan gaan verrichten, en dat hij desgewenst psychologische of psychiatrische hulp kan krijgen.

Deze protocollen, en ook die van de NS en de Sociale Dienst, hebben als uitgangspunten gemeen dat directe opvang moet worden geboden na een traumatische gebeurtenis, dat deze opvang moet worden gegeven door daarin gespecialiseerde personen, dat in de periode na de gebeurtenis op regelmatige basis contact moet worden onderhouden met de werknemer met psychische problemen, dat deze werknemer zo nodig (tijdelijk) ander werk moet kunnen doen, en dat hem, desgewenst, psychische of psychiatrische hulp moet worden geboden van daarin gespecialiseerde hulpverleners. In de psychologische literatuur over nazorg na traumatische gebeurtenissen zijn deze elementen ook terug te vinden. Verheij beschrijft zeven principes die zijn ontwikkeld door de psycholoog Mittendorf als uitgangspunten voor het vormgeven van een opvangbeleid.¹⁷⁶ Deze houden in dat in principe iedereen die bij een traumatische gebeurtenis betrokken is geweest, deel moet nemen aan de in het kader van nazorg geboden hulp, dat direct na de gebeurtenis hulp moet worden geboden, dat er over een langere periode regelmatig contact moet zijn tussen de mogelijk getraumatiseerde werknemer en hulpverleners, dat vanuit de werkgever een, daartoe opgeleide, persoon moet worden aangewezen die verantwoordelijk is voor de opvang, dat de nazorg formeel als een programma moet worden vastgelegd binnen de organisatie, dat de werknemer zo mogelijk speciaal verlof moet krijgen en/of dat zijn arbeidsomstandigheden op andere wijze moeten worden aangepast, en dat hij, zo nodig, moet worden doorverwezen naar meer gespecialiseerde hulpverlening.

Deze uitgangspunten kunnen een handvat vormen voor de rechter bij het beoordelen van de adequaatheid van een nazorgprogramma. Daarbij dient wel in aanmerking te worden genomen dat op onderdelen (nog) geen eenstemmigheid bestaat in de medische en psychologische wetenschap. Een punt van discussie is nog of hulp actief moet worden aangeboden of dat het voldoende is als een werknemer daarom kan vragen, hoewel langzamerhand wel algemeen erkend lijkt te worden, blijkens de hier genoemde protocollen, dat het in elk geval noodzakelijk is dat er gedurende een langere periode na de traumatische gebeurtenis regelmatig contacten plaatsvinden tussen de werkgever/organisatie en de getroffen werknemer(s), en dat het initiatief hiertoe niet alleen bij de werknemer moet worden neergelegd. Een ander punt van discussie is in hoeverre *debriefings* heilzaam zijn voor personen die één of meerdere traumatische gebeurtenissen hebben meegemaakt of juist een beschadigend effect kunnen hebben.¹⁷⁷ Begin jaren '90 van

176 Zie Verheij in *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, 2002, p. 281-303.

177 Zie uitgebreid: Butler, 2002, p. 30-35.

de vorige eeuw is CISD ontwikkeld, *Critical Incident Stress Debriefing*, een programma in het kader waarvan, kort na een traumatische gebeurtenis, groeps-gewijze, onder leiding van een deskundige, de reacties daarop worden doorgesproken. In de loop der jaren is op dit type programma steeds meer kritiek gekomen omdat dergelijke *debriefings* zeer emotionele sessies kunnen zijn die voor sommige mensen meer problemen creëren dan ze oplossen. In de wetenschap wordt daarom nu benadrukt dat CISD niet bedoeld is als losstaande therapie, maar alleen zinvol is als het deel uitmaakt van een uitgebreider verwerkingsprogramma. Er wordt echter ook aangegeven dat ook het nut van een dergelijk uitgebreider verwerkingsprogramma niet is bewezen.¹⁷⁸ Het laatste woord over deze materie is dus nog niet gesproken. Voor juristen, en in het bijzonder voor rechters, betekent dit dat, zeker in meer ingewikkelde zaken, in de regel medisch/psychologisch advies ingewonnen zal moeten worden alvorens kan worden beoordeeld of in een concreet geval voldoende nazorg is geboden.

11.7.4 Aansprakelijkheid voor een gebrek aan nazorg naar buitenlands recht

Opvallend is dat in het Engelse en in het Amerikaanse recht nauwelijks aandacht wordt besteed aan de aansprakelijkheid van een werkgever wegens het niet bieden van nazorg aan een werknemer die een traumatische gebeurtenis heeft meegemaakt, dit terwijl de meeste Nederlandse uitspraken waarin shockschade aan de orde was juist betrekking hebben op het al dan niet ontbreken van adequate nazorg. Een verklaring voor dit verschil is moeilijk te bedenken. Wellicht wordt het bieden van opvang na een traumatische gebeurtenis niet gezien als een werkgeversverplichting in Engeland en de Verenigde Staten. Anderzijds wordt in de Engelse uitspraak in *Sutherland v Hatton*, die betrekking heeft op psychisch letsel door overbelasting, wel het belang van het bieden van *counseling* benadrukt.¹⁷⁹ Het ging in die zaak echter niet om shockschade, maar om psychisch letsel als gevolg van overbelasting.

In Australië, dat een enigszins vergelijkbaar rechtssysteem kent als Engeland, wordt in de rechtspraak wel aangenomen dat een werkgever gehouden is om nazorg te bieden na een traumatische gebeurtenis. In een zaak van een verpleegkundige die psychisch ziek was geworden door een gebeurtenis waarbij een gehandicapte jongen, die zij in een stoel had vastgebonden, naar beneden was gezakt en was gestikt (dit op een moment dat zij naar huis was na afloop van haar nachtdienst), oordeelde de rechter dat de werkgever aan haar dezelfde emotionele steun had moeten bieden als aan haar collega's die in de dagdienst werkten op het moment van het overlijden. Ook had de werkgever de verpleegkundige op de hoogte moeten houden van de procedures die na de dood van de jongen doorlopen moesten worden. De rechter vond echter niet dat de werkgever

178 NRC, 7 september 2002, "Snelle debriefing verergert trauma".

179 *Sutherland v Hatton and three other appeals* [2002] IRLR 263; [2002] 2 All ER 1.

HOOFDSTUK 11

gehouden was om psychologische begeleiding aan te bieden, omdat er geen medisch bewijs was dat dergelijke begeleiding anno 1987 noodzakelijk of wenselijk werd bevonden.¹⁸⁰

11.7.5 Vergoeding van psychisch letsel door een gebrek aan nazorg: evaluatie en eigen opvatting

Bestaan en inhoud verplichting tot bieden nazorg

In de psychiatrie en psychologie lijkt, gelet op de literatuur en inzichten genoemd in § 11.7.3, inmiddels consensus te bestaan dat adequate nazorg de psychische gevolgen van schokkende gebeurtenissen, waarbij gevaar bestaat voor letsel of dood of waarbij moet worden toegezien hoe anderen omkomen of gewond raken, kan verzachten en/of het ontstaan van een psychische ziekte in de kiem kan smoren. Gelet hierop lijkt het me evident dat een werkgever, wiens werknemers aan potentieel traumatiserende gebeurtenissen blootstaan, moet zorgen voor een adequaat opvangprogramma, en overigens, voor zover mogelijk, ook voor een goede voorbereiding op de gebeurtenis(sen). Dit geldt met name voor beroepen waaraan het meemaken van dergelijke gebeurtenissen inherent is, zoals militairen, politiemensen, sommige welzijnswerkers, machinisten en sommige winkelmedewerkers, zoals bijvoorbeeld personeel van benzinestations. Ook bedrijven waarin schokkende gebeurtenissen minder gangbaar zijn, zoals gewone kantoren of winkels, dienen echter nazorg te bieden in het geval er toch iets ernstigs gebeurt, zoals bijvoorbeeld een roofoverval.

Het bieden van adequate nazorg is ook daarom van belang omdat de werkgever veelal de traumatische gebeurtenis zelf niet zal kunnen voorkómen. Soms zullen dergelijke gebeurtenissen, zoals gezegd, inherent zijn aan het werk. Soms is dat niet het geval, maar kan het toch zo zijn dat een werkgever van de gebeurtenis zelf geen blaam treft. Mishandeling van personeel door agressieve cliënten kan nimmer helemaal uitgesloten worden, zelfs niet als diverse veiligheidsmaatregelen

180 *Miller v. Royal Derwent Hospital Board of Management* (1992) Aust Torts Reports 81-175, kenbaar uit Butler, 2002, p. 106-107. Zie ook *State of New South Wales v. Seedsman* [2000] NSWCA 119 (12 May 2000). Daarin werd aansprakelijkheid van de werkgever aangenomen voor het psychisch letsel van een politie-vrouw die, terwijl zij pas kort in dienst was en geen specifieke opleiding had gekregen, tewerk werd gesteld in de unit kindermishandeling. Daar moest ze in haar eentje mishandelde kinderen interviewen en hen voorbereiden op verhoor. Bovendien zag zij ook de verwondingen die de mishandelingen teweeg hadden gebracht en in sommige gevallen dode of verminkte lichamen van de kinderen. De rechter oordeelde in dit geval dat de werkgever zijn zorgplicht had geschonden door de werkneemster geen adequate opleiding te bieden, waaronder opleiding op het gebied van psychologische begeleiding, haar niet op regelmatige basis te begeleiden en niet te zorgen voor adequate ondersteuning.

len zijn getroffen, en datzelfde geldt voor (gewapende) roofovervallen op winkels.

Komt een werkgever zijn verplichting om adequate nazorg te bieden niet na, dan meen ik dat hij aansprakelijk kan zijn voor vervolgens bij de werknemer ontstane psychische klachten, indien ook aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan. Problemen kunnen ontstaan als niet duidelijk is of de geboden zorg nu adequaat was of niet. Het kan voor een rechter lastig zijn om dit te beoordelen. In de psychologische literatuur zijn wel een aantal uitgangspunten voor een adequaat opvangprogramma geformuleerd, maar daarmee is nog niet gezegd dat, als één van die uitgangspunten niet wordt gevolgd, de opvang dus niet toereikend was. Bovendien bestaat over bepaalde aspecten van opvang, zoals het nut van *debriefing* en de mate waarin een nazorgprogramma dwingend moet zijn of vrijblijvend mag zijn, ook onder psychologen en psychiaters nog discussie, zodat het voor een werkgever niet altijd duidelijk zal zijn wat hij precies moet doen. Het lijkt me daarom dat de rechter een werkgever enige vrijheid zal moeten gunnen bij het vormgeven van een nazorgprogramma en dat de rechter alleen als het programma evident tekortschiet, aansprakelijkheid van de werkgever zal kunnen aannemen.¹⁸¹ Veelal zal voor het geven van een gefundeerd oordeel over de mate van toereikendheid van geboden nazorg overigens deskundigenonderzoek noodzakelijk zijn.

Risicoaansprakelijkheid

Een nog openstaande vraag is of het wenselijk is om in situaties waarin een werknemer psychisch ziek is geworden door traumatische ervaringen op het werk, dit ondanks het feit dat de werkgever voldoende nazorg heeft aangeboden, risicoaansprakelijkheid van de werkgever aan te nemen. In de literatuur is hiervoor wel gepleit vanuit de gedachte dat bepaalde werknemers uit hoofde van hun functie en in het belang van de werkgever (en wellicht ook in het belang van de maatschappij) worden blootgesteld aan bepaalde risico's en daartegen beschermd moeten worden. Door Van Maanen is in dit verband gewezen op de vredessoldaten die door 'ons' – de maatschappij – naar oorlogsgebieden worden uitgezonden, terwijl bekend is dat een bepaald percentage van hen hierdoor stoornissen als een PTSS oploopt.¹⁸² Vóór risicoaansprakelijkheid in een dergelijk geval pleit dat het niet redelijk voorkomt om werknemers, die bepaalde taken verrichten omwille van een maatschappelijk belang, de risico's die daaruit voortvloeien zelf te laten dragen. Aan de andere kant gaat het ook bij vredessoldaten om mensen die zelf voor dit beroep (en voor uitzending) kiezen en daar ook voor betaald krijgen. De vraag is dan of, als in hun situatie risicoaansprakelijkheid van de werkgever zou worden aangenomen, dit niet ook zou moeten gebeuren in andere

181 Dit blijkt ook uit de in § 11.7.2 besproken uitspraken van de CRvB: CRvB 9 oktober 2003, *JB* 2003, 327 en CRvB 9 oktober 2003, *JB* 2003, 328.

182 G.E. van Maanen, noot bij CRvB 9 oktober 2003, *JB* 2003, 328.

HOOFDSTUK 11

gevallen. Er zijn wel meer beroepen waarin werknemers aan specifieke risico's blootstaan. Wellicht kan dit zelfs gezegd worden voor alle beroepen, zij het dat de aard van de risico's uiteraard per beroep verschilt. Het lijkt mij dat er dan geen goede reden is om in het ene geval wel en in het andere geval geen risicoaansprakelijkheid aan te nemen voor beroepsgerelateerde ziekten en ongevallen. Niet voor niets is er in de literatuur ook stevige kritiek geuit op het aannemen door de Hoge Raad van risicoaansprakelijkheid voor verkeersongevallen van werknemers in werktijd. Deze kritiek hield met name in dat er geen grond is om deze groep van werknemers meer bescherming te bieden dan andere werknemers.¹⁸³ Ditzelfde geldt mijns inziens ook voor vredessoldaten, politiepersoneel enz. Wel kan er grond zijn om deze werknemers, waarvan bekend is dat zij naar verhouding een hoger risico op (psychisch) letsel lopen dan gewone werknemers, recht te geven op extra voorzieningen in geval van ziekte door het werk, zonder direct over te stappen op risicoaansprakelijkheid. Op in elk geval militairen en politie zijn dergelijke regelingen reeds van toepassing.¹⁸⁴ Voor de rechtbank 's-Gravenhage was het bestaan hiervan een aanvullende reden om in de zaak van de uit Bosnië teruggekeerde militair het beroep op risicoaansprakelijkheid te verwerpen:

"In het onderhavige geval ziet de rechtbank geen aanleiding om tot risicoaansprakelijkheid voor de door eiser gestelde schade te concluderen. De rechtbank acht voor dit oordeel in dit geval van betekenis dat in en krachtens de Algemene militaire pensioenwet specifieke voorzieningen zijn getroffen met het oog op lichamelijke en psychische schade die voor een militair het gevolg kunnen zijn van de uitoefening van de militaire dienst in geval van buitengewone of daarmee vergelijkbare omstandigheden, waaronder onder meer wordt verstaan de deelname aan operaties ter bevordering of handhaving van de internationale rechtsorde, waartoe dus ook de uitzending van eiser naar Bosnië behoort."¹⁸⁵

Er bestaat dus al een recht op vergoeding op no-fault basis voor letsel dat militairen tijdens uitzending oplopen, zij het dat het hierbij niet gaat om volledige schadevergoeding. Ik kan mij voorstellen dat een vergelijkbare regeling wordt getroffen

183 Zie onder meer T. Hartlief, "De aansprakelijkheid van de werkgever voor verkeersongevallen", *AV&S* 2001, p. 37-42; C.J. Loonstra, "Uitdijende werkgeversaansprakelijkheid", *Sociaal Recht* 2002, p. 309-310.

184 Zie bijvoorbeeld art. 54a BARP, het Besluit algemene rechtspositie politie, waarin een specifieke regeling is neergelegd voor de vergoeding van immateriële schade die het gevolg is van een dienstongeval of beroepsziekte tot een maximum bedrag van (in 2004) € 136.100,- netto. Ratio van deze regeling is het specifieke risico van het werk van politieambtenaar: zie de toelichting op de invoering van dit artikel in *Stb.* 1999, 131, p. 3.

185 Rb. 's-Gravenhage 9 april 2001, *TAR* 2001, 83; Rb. 's-Gravenhage 15 juni 2001, *TAR* 2001, 103.

voor werknemers in de marktsector die uit hoofde van hun functie eveneens een hoger dan gemiddeld risico lopen op het ontstaan van werkgerelateerd letsel. Met betrekking tot psychisch letsel als gevolg van het meemaken van traumatische gebeurtenissen op het werk kan in dit opzicht gerefereerd worden aan de door het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten genoemde risicocategorieën, dat wil zeggen – naast groepen als politie, brandweer, ambulancepersoneel en militairen, waarbij het in de regel om ambtenaren gaat – medewerkers in de sociale dienstverlening, bank- en winkelpersoneel, werknemers in controlerende functies en in de transportsector.¹⁸⁶ Als in die functies daadwerkelijk sprake is van een hoger risico op het meemaken van traumatische gebeurtenissen kan van werkgevers wellicht verlangd worden dat zij een verzekering daartegen afsluiten, althans een dergelijke verzekering aanbieden aan hun werknemers met uitdrukkelijke vermelding van de daardoor gedekte risico's. Schending van die verplichting kan dan eventueel leiden tot aansprakelijkheid.¹⁸⁷

Toepassing van artikel 7:611 BW en/of 7:658 BW

Een dergelijke aansprakelijkheid wegens het niet afsluiten van een verzekering of het verstrekken van onvoldoende informatie aan een werknemer zou naar mijn mening gebaseerd moeten worden op artikel 7:611 BW. Er is dan namelijk geen sprake van een verplichting die strekt tot het voorkomen van letsel.¹⁸⁸ Anders ligt dit naar mijn mening met betrekking tot foutaansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel als gevolg van een gebrek aan nazorg. Naar mijn mening is daarvoor artikel 7:658 BW de juiste grondslag. In de rechtspraak wordt hierover echter ook wel anders gedacht. Wordt bij psychisch letsel als gevolg van het ten onrechte niet voorkomen door de werkgever van een bepaalde traumatische gebeurtenis zonder meer artikel 7:658 BW van toepassing geacht,¹⁸⁹ bij psychisch letsel als gevolg van een gebrek aan nazorg ligt dit anders. Door de rechtbank 's-Gravenhage werd in de twee zaken waarin militairen stelden een PTSS te hebben opgelopen door het ontbreken van adequate nazorg na hun terugkeer uit

186 Zie § 11.2.

187 Een aanwijzing voor een dergelijke opvatting is te vinden in KLM/De Kuijer, 18 maart 2005, *JAR* 2005, 100. De Hoge Raad overwoog daarin dat het feit dat de toepasselijke CAO geen verplichting inhield tot het sluiten van een collectieve ongevallenverzekering, het hof niet hoefde te weerhouden van zijn oordeel dat de verplichting inzake het goed werkgeverschap in de gegeven omstandigheden kon meebrengen dat KLM de in het geding aan de orde zijnde risico's voor haar rekening nam, "eventueel door het sluiten van een adequate verzekering."

188 Zie meer in het algemeen over de problematiek van art. 7:658 BW en art. 7:611 BW: § 3.2.

189 Zie § 11.3.2.

HOOFDSTUK 11

respectievelijk voormalig Joegoslavië en Bosnië, geoordeeld dat de norm van artikel 7:658 BW niet van toepassing was:¹⁹⁰

“De [nieuwe, door de CRvB geformuleerde¹⁹¹] norm ziet immers blijkens de daarbij gelegde relatie met de aanwezige arbeidsomstandigheden veeleer op dienstongevallen in eigenlijke zin, c.q. schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich kunnen voordoen tijdens het verrichten van werkzaamheden en die daarmee direct verband houden. Verweerder is niet aansprakelijk gesteld voor schade, die eiser in deze zin bij de uitoefening van de aan zijn dienstbetrekking verbonden werkzaamheden heeft geleden, maar voor schade geleden als gevolg van een gebrekkige zorg van verweerder voor eiser voor en na diens uitzending naar Bosnië.”

Deze benadering lijkt me niet juist.¹⁹² Mijns inziens is het in voldoende mate voorzienbaar dat, indien geen adequate nazorg wordt geboden na een traumatische gebeurtenis (zoals oorlogservaringen), er ofwel psychische klachten zullen ontstaan die door de gebeurtenis zelf nog niet waren ontstaan, of dat reeds bestaande of in de kiem aanwezige klachten zullen verergeren of langer zullen blijven bestaan dan het geval was geweest als effectieve nazorg was geboden. Daarnaast is het voldoende duidelijk wat een werkgever moet doen na een traumatische gebeurtenis, namelijk, onder meer, het zorgen voor opvang direct na de gebeurtenis, het onderhouden van contact in de periode daarna en het zo nodig actief aanbieden van psychologische of psychiatrische hulp.¹⁹³ Er is dus sprake van een concrete verplichting bij de niet-naleving waarvan psychisch letsel voorzienbaar is. Daarmee is voldaan aan de criteria voor de toepassing van artikel 7:658 BW, zoals omschreven in § 3.4, zodat er mijns inziens geen reden is om een verplichting tot het bieden van nazorg niet aan te merken als een verplichting ex artikel 7:658 BW. Dat er geen sprake zou zijn van een schadeveroorzakende gebeurtenis die direct verband houdt met de werkzaamheden, zoals de rechtbank overweegt, lijkt me niet juist.¹⁹⁴ Het aanbrengen van een scheiding tussen de traumatische gebeurtenis zelf en de nazorg, zoals de rechtbank doet, is mijns inziens onhoudbaar. Beide zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Vaak zal niet eens gezegd kunnen worden of het psychisch letsel nu het gevolg is van de trau-

190 Zie Rb. 's-Gravenhage 9 april 2001, TAR 2001, 83 en Rb. 's-Gravenhage 15 juni 2001, TAR 2001, 103. In hoger beroep bij de CRvB hebben partijen in overleg besloten de kwestie van de toepasbaarheid van art. 7:658 BW buiten beschouwing te laten. Zie CRvB 9 oktober 2003, JB 2003, 328.

191 De rechtbank doelt hiermee op de rechtspraak van de CRvB waarin deze aansluiting zoekt bij de norm van art. 7:658 BW, zoals die ook in het civiele arbeidsrecht geldt. Zie CRvB 22 juni 2000, TAR 2000, 112.

192 Zie ook M.S.A. Vegter, *Sociaal Recht* 2002, p. 315-316.

193 Zie het begin van deze paragraaf.

194 Zie ook G.L. Coolen, “Posttraumatische stressstoornis van uitgezonden militair. Annotatie bij CRvB 9 oktober 2003, TAR 2004, nr. 9”, TAR 2004, p. 187-189.

matische gebeurtenis of van een gebrek aan nazorg. Het is dan ook niet mogelijk, en bovendien ook onwerkbaar, om de aansprakelijkheid voor het letsel op te splitsen in een stukje aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW voor de traumatische gebeurtenis als zodanig, als hiervoor überhaupt aansprakelijkheid kan worden aangenomen, en een stukje aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW (in het ambtenarenrecht) of artikel 7:611 BW (in het civiele arbeidsrecht) voor het gebrek aan nazorg.

In de uitspraak van de machinist van de NS overwoog de kantonrechter in dit verband dat artikel 7:658 BW wel kon worden toegepast omdat de machinist te maken had gehad met suïcides op een wijze die uniek was en volstrekt inherent aan zijn functie,¹⁹⁵ dit anders dan in de zaak Chubb Lips/Jansen,¹⁹⁶ waarin het naar het oordeel van de rechter om geenszins uitzonderlijke ziekmakende omstandigheden ging (een onheuse bejegening door een chef en onvoldoende begeleiding bij de invoering van automatisering), reden waarom in die zaak geen schadevergoeding kon worden verkregen op de voet van artikel 7:658 BW. De rechter achtte dus het verband tussen de specifieke arbeid van de machinist en zijn letsel doorslaggevend voor de toepasselijkheid van artikel 7:658 BW.

Deze uitspraak acht ik terecht, zij het dat naar mijn mening niet het specifieke verband tussen schade en werk doorslaggevend dient te zijn voor de toepasselijkheid van artikel 7:658 BW, maar de aard van de geschonden verplichting, dat wil zeggen de mate van concreetheid ervan en de voorzienbaarheid van het ontstaan van letsel bij niet naleving ervan. Ook in de zaak van de machinist van de NS zou toepassing van deze criteria, evenals in de zaken van de uit Joegoslavië en Bosnië teruggekeerde militairen, tot toepassing van artikel 7:658 BW hebben geleid, omdat het voldoende bekend is dat een adequaat nazorgprogramma (verergering van) klachten kan voorkómen en er inmiddels ook voldoende medische kennis beschikbaar is over de voorwaarden waaraan een dergelijk programma minimaal moet voldoen.¹⁹⁷

11.8 Conclusie

Zoals in dit hoofdstuk is beschreven, kunnen verschillende soorten gebeurtenissen op het werk shockschade bij een werknemer veroorzaken. Een werknemer kan een gebeurtenis meemaken waarbij hij zelf in gevaar komt te verkeren voor eigen dood of letsel of hij kan psychisch ziek worden door het meemaken van het

195 Ktr. Utrecht 4 september 2002, *JAR* 2002, 220.

196 HR 30 januari 1998, *JAR* 1998, 82; *NJ* 1998, 467.

197 Zie ook Vegter, *TVP* 2002, p. 96-98. Eén en ander wil overigens niet zeggen dat NS ook aansprakelijk zou zijn geweest voor het psychisch letsel van de machinist. Zoals gezegd was het voorstel van de rechter om aan een deskundige te vragen om te rapporteren over bestaan en inhoud van de eventuele zorgplicht van NS.

HOOFDSTUK 11

overlijden of de verwonding van een ander. Ook kan een gebrek aan voorbereiding en nazorg psychische klachten teweeg brengen, althans kan dit tot gevolg hebben dat mogelijke klachten niet in de kiem gesmoord worden, maar zich tot een daadwerkelijke ziekte ontwikkelen. In alle drie de gevallen kan gezegd worden dat de werkgever een zekere zorgplicht heeft ter voorkoming van de shockschade van de werknemer. De inhoud van die zorgplicht hangt echter af van het soort situatie dat aan de orde is, en natuurlijk ook van de overige omstandigheden van het geval. Is een werknemer psychisch ziek geworden door het meemaken van een situatie waarin hij zelf in gevaar heeft verkeerd voor eigen dood of fysiek letsel, dan zal doorgaans zonder al te veel moeilijkheden kunnen worden aangenomen dat de werkgever zijn zorgplicht jegens deze werknemer heeft geschonden. In het Nederlandse recht geldt als uitgangspunt in een dergelijk geval dat enig letsel voorzienbaar moet zijn geweest, terwijl het Amerikaanse en het Engelse recht eisen dat fysiek letsel voorzienbaar moet zijn geweest. Aan dit tweede vereiste zal in de regel echter voldaan zijn in het geval waarin een werknemer niet alleen psychisch, maar ook fysiek in gevaar heeft verkeerd.

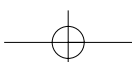
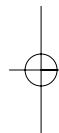
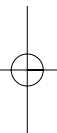
De vraag of een werknemer ook aanspraak moet kunnen maken op vergoeding van shockschade in geval het psychisch letsel het gevolg is van het overlijden of het gewond raken van een derde is moeilijker te beantwoorden. In het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht, voor zover dat is gebaseerd op FELA, komt deze vorm van schade alleen voor vergoeding in aanmerking als tevens is voldaan aan het criterium van de fysieke gevarezone. In het Engelse recht bestaan iets meer mogelijkheden voor vergoeding, maar alleen als aan bepaalde aanvullende vereisten is voldaan. In het Nederlandse arbeidsrecht is deze materie nog niet uitgekristalliseerd. Indien het algemene aansprakelijkheidsrecht in deze als leidraad zou worden genomen, zou shockschade door het overlijden of de verwonding van een derde alleen voor vergoeding in aanmerking komen, als de psychisch zieke werknemer geconfronteerd is geweest met de gebeurtenis waarbij het overlijden of de verwonding heeft plaatsgevonden of met de onmiddellijke afloop daarvan. Zoals ik heb aangegeven in § 11.4.6 lijkt me dit een redelijk uitgangspunt omdat, als geen enkele beperking wordt gesteld, in beginsel elke werknemer die stelt psychisch ziek te zijn geworden door een bepaalde schokkende gebeurtenis in aanmerking kan komen voor schadevergoeding als hij de aanwezigheid van ziekte maar voldoende onderbouwt en dat lijkt me niet juist omdat dan aan het bestaan van ziekte een te zware betekenis wordt toegekend. Bovendien mag er mijns inziens van worden uitgegaan, uitzonderingsgevallen daargelaten, dat werknemers in de regel psychisch bestand zijn tegen het horen van de gevolgen van een ongeval waarbij zij niet zelf betrokken zijn geweest. Een uitzondering dient wel te gelden voor die werknemers die het ongeval per ongeluk, door toedoen van hun werkgever, hebben veroorzaakt of redelijkerwijs mochten menen dat dit het geval is (de zogeheten 'onvrijwillige deelnemers' of *involuntary participants*).

Eenzelfde uitgangspunt, te weten dat in beginsel een confrontatie met het ongeval zelf of met de omstandigheden waaronder het zich heeft afgespeeld, moet

hebben plaatsgevonden, moet mijns inziens worden gehanteerd indien het noodzakelijk is om in een no-fault vergoedingssysteem een afbakening te maken van de kring van gerechtigden tot vergoeding van shockschade. Weliswaar betekent dit dat binnen een no-fault systeem aan 'fout' getoetst zal gaan worden, omdat een afbakening van de kring van gerechtigden niet goed mogelijk is zonder daarbij de (geschonden) norm te betrekken, maar dat is naar mijn mening een eerlijker toetsing, dan het afbakenen van de kring van gerechtigden aan de hand van arbitraire criteria als de mate van schokkendheid van de gebeurtenis of het uitsluiten van vergoeding van (bepaalde vormen van) psychische ziekten.

Professionele hulpverleners dienen in beginsel hetzelfde behandeld te worden als gewone werknemers, dat wil zeggen dat zij aanspraak moeten kunnen maken op vergoeding van shockschade ook als zij zelf niet fysiek in gevaar hebben verkeerd, als de schade voorzienbaar was, als ten onrechte geen maatregelen zijn genomen, als daadwerkelijk sprake is van schade én als is voldaan aan het vereiste van de confrontatie met het ongeval of de onmiddellijke afloop daarvan. In het geval van hulpverleners zal echter vooral de door de werkgever te bieden nazorg van belang zijn. Uit de rechtspraak kan, in combinatie met de stand van zaken in de psychologische en psychiatrische wetenschap, worden afgeleid dat een werkgever gehouden is om adequate nazorg te bieden aan werknemers die één of meerdere traumatische gebeurtenissen hebben meegemaakt op het werk. De meningen kunnen er daarbij over verschillen wanneer nazorg adequaat is. Aan te bevelen is dat rechters op dit punt deskundigenbericht inwinnen.

Voor zover werknemers in hun werk specifieke risico's lopen op het ontstaan van fysiek of psychisch letsel, zoals bijvoorbeeld vredessoldaten of politiepersoneel, kan er grond zijn voor het treffen van aanvullende voorzieningen in geval van ziekte door het werk, of kan van een werkgever verlangd worden dat hij een verzekering voor hen afsluit of aanbiedt. Het aannemen van risicoaansprakelijkheid is in dit verband een stap te ver omdat niet valt in te zien waarom dit dan niet ook voor andere specifieke beroepsrisico's zou moeten gelden. Wellicht is daar ook iets voor te zeggen, maar zolang foutaansprakelijkheid het algemene uitgangspunt is, dient er naar mijn mening van te worden afgezien om voor sommige groepen werknemers of ambtenaren risicoaansprakelijkheid aan te nemen. Onder omstandigheden kan wél worden aangenomen dat een zorgvuldig handelend werkgever gehouden is tot het aanbieden van extra voorzieningen in geval van arbeidsongeschiktheid of tot het afsluiten of aanbieden van een verzekering tegen de gevolgen daarvan.



12. Psychisch letsel door de angst voor een ernstige ziekte (angstschade)

12.1 Inleiding en plan van behandeling

Dit hoofdstuk heeft betrekking op de vergoeding van angstschade. Daaronder wordt die vorm van psychisch letsel verstaan die het gevolg is van een ernstige angst. Het kan daarbij gaan om angst voor gevaarlijke ziekten als AIDS of asbestziekten ontstaan door blootstelling aan de risicofactoren daarvoor, angst voor gezondheidsaantasting door milieuvervuiling¹ of angst omdat iemand door een verkeerde diagnose denkt een levensbedreigende ziekte te hebben, terwijl dit niet het geval is.² Al deze vormen van angst kunnen psychische ziekte teweeg brengen en daarmee materiële en/of immateriële schade.

Indien het geestelijk letsel door angst het gevolg is van verrichte arbeid, is het denkbaar dat de werkgever voor de schade als gevolg hiervan aansprakelijk gesteld wordt. In de Nederlandse, Engelse en Amerikaanse rechtspraak zijn in dit opzicht uitspraken te vinden over angstschade na blootstelling aan kankerverwekkende stoffen, in het bijzonder asbeststof, of nadat een werknemer in aanraking is geweest met mogelijk besmet persoon of materiaal, zoals een vieze injectienaald.³ Denkbaar is dat ook blootstelling aan andere gevaarlijke stoffen of voorwerpen/levende wezens op het werk angstschade veroorzaakt, zoals blootstelling aan met het kippenvirus besmet pluimvee of aan dragers van het SARS-virus. In dit hoofdstuk zullen alleen die vormen van psychisch letsel die het gevolg zijn van de angst om een ernstige ziekte te krijgen, besproken worden. De angst is daarbij de directe oorzaak van de psychische ziekte. Het is ook mogelijk dat een werknemer angstig is geworden of wellicht zelfs een angststoornis heeft opgelopen door gebeurtenissen op het werk als pesten of overbelasting. Dit soort angststoornissen worden in dit boek niet begrepen onder de noemer 'angstschade'. Reden daarvoor is dat de *oorzaak* van deze psychische klachten niet zozeer angst is, maar het pesten respectievelijk de overbelasting. Deze ziekten, althans de mogelijkheden voor het verkrijgen van schadevergoeding daarvoor, komen daarom aan de orde in de hoofdstukken over pesten en overbelasting.

-
- 1 Vgl. C.J.J.M. Stolker en D.I. Levine, "AIDS-phobia. Schadevergoeding voor angst", *NJB* 1996, p. 882-891; C.J.J.M. Stolker en D.I. Levine, "Compensation for the Fear of Contracting Asbestos-related Diseases – Critical Reflections on an Important US Supreme Court Decision and its relevance for Europe", *European Review of Private Law*, 1999, p. 1-19; R.J.P. Kottenhagen en P.A. Kottenhagen-Edzes, "Enkele nieuwe schadesoorten, ontstaan ten gevolge van milieu-aantasting" in *Miscellanea jurisconsulto vero dedicata* (red. J. ten Kate e.a.), *Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. van Dunné*, 1997, p. 229-253.
 - 2 Rb. Utrecht 9 december 1998, *TvG* 1999, p. 403.
 - 3 Deze rechtspraak zal besproken worden in § 12.3 en § 12.4.

HOOFDSTUK 12

Angstschade in de zin van psychisch letsel door de angst om een ernstige ziekte te krijgen, is doorgaans het gevolg van schending van een verplichting door de werkgever om, in de eerste plaats, fysiek letsel te voorkomen, zoals asbestziekten en AIDS. Het is dan vervolgens de vraag of deze verplichting mede strekte ter voorkoming van angstschade of dat daarvoor noodzakelijk is dat specifiek het risico op angstschade kenbaar was. Angstschade verschilt in deze zin niet wezenlijk van shockschade. Ook shockschade ontstaat in de regel door schending van een verplichting die primair strekt ter voorkoming van fysiek letsel.⁴ Verder doet zich bij angstschade, evenals bij shockschade, de vraag voor of een zekere begrenzing van de kring van werknemers die aanspraak kunnen maken op vergoeding van angstschade noodzakelijk is. Anders dan bij shockschade is de noodzaak tot afbakening daarbij niet gelegen in het voorkomen van het feit dat een groot aantal werknemers schadevergoeding kan vorderen met betrekking tot dezelfde gebeurtenis (dezelfde tekortkoming van de werkgever), maar in het feit dat, als geen begrenzing plaatsvindt, in beginsel elke werknemer die op het werk is blootgesteld aan risicofactoren op het ontstaan van een bepaalde fysieke ziekte en die kan aantonen dat deze blootstelling bij hem zodanige angst voor die ziekte teweeg heeft gebracht dat sprake is van geestelijk letsel, daarvoor schadevergoeding kan vorderen.

In dit hoofdstuk zal in § 12.5.1 nader worden ingegaan op de voorzienbaarheid van angstschade en in § 12.5.2 tot en met § 12.5.4 op de afbakening van de kring van gerechtigden. Daaraan voorafgaand wordt enige achtergrondinformatie gegeven over angstschade (§ 12.2) en wordt de relevante Nederlandse en buitenlandse, met name Amerikaanse, rechtspraak en literatuur besproken (in respectievelijk § 12.3 en § 12.4).⁵ Evenals in hoofdstuk 10 zal in dit hoofdstuk afzonderlijk worden ingegaan op vergoeding van (angst)schade in een no-fault vergoedingsstelsel (§ 12.6). Besloten wordt met een conclusie (§ 12.7).

12.2 Cijfers en achtergronden

Hevige angst kan leiden tot een angststoornis in medische zin, zoals een PTSS,⁶ maar kan ook andere psychische ziekten veroorzaken, zoals een depressie, een angststoornis of een aanpassingsstoornis. Het juridische begrip 'angstschade' in de zin van een psychische ziekte als gevolg van angst is dus niet gelijk aan het

4 Zie hoofdstuk 11 voor een bespreking van de vergoeding van shockschade.

5 Het Duitse recht zal wederom buiten beschouwing blijven, vanwege het ontbreken van aanknopingspunten voor de vergoeding van angstschade. Overigens bestaat ook in het Engelse recht tot op heden weinig aandacht voor de vergoeding van werkgerelateerde angstschade. De bespreking van het Engelse recht zal daarom summier zijn.

6 Althans als wordt uitgegaan van de DSM-IV. In de ICD-10 is PTSS ondergebracht bij ziekten als gevolg van hevige stress. Zie nader § 2.5.3.

medische begrip 'angststoornis'.⁷ In dit hoofdstuk wordt onder angstschade, zoals gezegd, die vorm van psychisch letsel verstaan die voortkomt uit de angst om een ernstige ziekte te krijgen, in het bijzonder AIDS of een asbestgerelateerde ziekte.

Over de mate waarin deze vorm van angstschade voorkomt, is weinig bekend, omdat hiervan geen specifieke gegevens worden bijgehouden. Wel zijn er gegevens bekend over fysieke beroepsziekten als gevolg van blootstelling aan gevaarlijke stoffen.⁸ Het is bijvoorbeeld bekend dat in de komende jaren in Nederland vele tienduizenden werknemers aan asbestziekten zullen overlijden. De jaarlijkse sterfte zal een piek bereiken rondom het jaar 2020. Daarna zal het aantal slachtoffers afnemen tot rond de 450 sterfgevallen in 2030.⁹ Een aantal van deze werknemers zal niet weten of zich niet realiseren dat zij aan asbeststof zijn blootgesteld en daardoor kans lopen op een ernstige ziekte als mesotheliom en longkanker, tot aan het moment dat zij daadwerkelijk ziek worden. Een andere groep zal zich hiervan wel bewust zijn. Dit geldt zeker voor de groep werknemers die asbestose hebben opgelopen. Deze ziekte kan alleen ontstaan na blootstelling aan asbest. Asbestose zelf behoeft niet dodelijk te zijn. De ziekte varieert in ernst van incidentele klachten over kortademigheid tot zodanige klachten dat de patiënt niet meer in staat is tot lichamelijke inspanningen. Van asbestosepatiënten overlijdt uiteindelijk echter omstreeks de helft doordat zij tevens mesotheliom of longkanker krijgen.¹⁰ Deze werknemers kunnen dus daadwerkelijk vrezen dat zij uiteindelijk een ernstige en levensbedreigende ziekte krijgen. Daarnaast kan bij werknemers die aan asbest blootgesteld zijn geweest een verdikking van het longvlies (pleura plaques) worden vastgesteld. Deze verdikking geeft op zichzelf in de regel geen klachten,¹¹ maar kan wel angst voor een kwaadaardige asbestziekte teweeg brengen.

Vergelijkbaar onderzoek als naar asbestgerelateerde ziekten is bij mijn weten niet gedaan naar een ziekte als AIDS, in elk geval niet in Nederland. Het gaat hierbij ook om een veel kleiner aantal slachtoffers nu AIDS slechts in enkele gevallen het gevolg is van gebeurtenissen op het werk en in de meeste gevallen andere oorza-

7 Zie voor een nadere omschrijving van angststoornissen: § 2.5.3.

8 Informatie hierover is met name te vinden bij het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten, <http://www.beroepsziekten.nl/>, 13 september 2004

9 Vgl. A. Burdorf et al., *Nederlands tijdschrift voor Geneeskunde*, 31 mei 1997, p. 1093-1098 en A.J. Van en A.E. Dek, "Aansprakelijkheid voor blootstelling aan asbest", *Bijlage bij Handboek voor Personenschade*, Kluwer, oktober 2002, p. 3.

10 Zie Van en Dek, 2002, p. 4. Zie ook Katie Nester, "Norfolk & Western Railway Company v. Ayers: Asbestosis-Inflicted Plaintiffs and Fear of Cancer Claims", *Saint Louis University Public Law Review* 2004, p. 367-397.

11 Van en Dek, 2002, p. 9.

HOOFDSTUK 12

ken heeft.¹² Voor zover werknemers risico lopen op het ontstaan van AIDS is dat vooral in seksuele beroepen en in beroepen waarbij men geconfronteerd wordt met besmet materiaal, bijvoorbeeld personeel in ziekenhuizen of werknemers van een reinigingsdienst die vervuilde naalden moeten opruimen.¹³

12.3 Vergoeding van angstschade naar Nederlands recht

Naar Nederlands recht zijn vier uitspraken gewezen die direct of indirect betrekking hebben op werkgerelateerde angstschade. Eén daarvan is gewezen in een civiele aansprakelijkheidszaak, één in een procedure waarin aansprakelijkheid van een overheidswerkgever jegens een ambtenaar centraal stond, één in een procedure waarin een ambtenaar aanspraak maakte op rechtspositionele voorzieningen en één in een civiele ontslagzaak. Bij elkaar geven de uitspraken een aardig beeld van de stand van zaken op het gebied van de vergoeding van werkgerelateerde angstschade.

De eerste ambtenarenzaak betreft een verzoek om vergoeding van immateriële schade en van kosten van rechtsbijstand van een ambtenaar die stelt geestelijke schade te lijden als gevolg van zijn angst voor besmetting met het hepatitis B-virus en/of het HIV-virus. De ambtenaar, voormalig gasmaskerhersteller bij de Koninklijke landmacht, heeft zich bij het uitpakken van gasmaskers geprikt aan een injectienaald. Op advies gegeven op de kazerne heeft hij zich door zijn huisarts laten inenten tegen besmetting met het hepatitis B-virus. Defensie heeft aansprakelijkheid erkend voor het voorval als zodanig en heeft de ambtenaar een vergoeding voor immateriële schade van f 1.000,- geboden en een vergoeding voor kosten van rechtsbijstand van f 250,-. De ambtenaar maakt echter aanspraak op vergoedingen van respectievelijk f 5.000,- en f 750,-. Defensie is niet bereid die bedragen te betalen omdat er naar haar mening geen sprake is van een reële angst aan de zijde van de ambtenaar. De injectienaalden zouden nooit bij personen gebruikt worden en er zou daarom geen bloed aan de injectienaald hebben gezeten.

12 Met name besmetting via seksueel contact. Zie voor verdere informatie onder meer <http://www.unaids.org/EN/media/fact+sheets.asp>, in het bijzonder factsheet 9, 13 september 2004; zie ook <http://www.ggdgezondheidsinfo.nl/onderwerp.asp?RegioID=26&Onderwerp=1>, 13 september 2004, op welke site ook te vinden is dat er in 2000 5.347 personen met AIDS waren en circa 15.000 HIV-geïnfecteerden.

13 Met het oog op deze groepen zijn dan ook diverse brochures uitgegeven, zoals de brochure "Raak?!: voorlichting aan reinigingsmedewerkers over prikongevallen: evaluatie van een voorlichtingsinterventie, D. Kleijne, GGD Rotterdam, 1992.

PSYCHISCH LETSEL DOOR DE ANGST VOOR EEN ERNSTIGE ZIEKTE (ANGTSCHADE)

De rechtbank acht het niet aannemelijk dat de ambtenaar daadwerkelijk angstschade heeft opgelopen als gevolg van het prikincident. De rechtbank stelt vast dat de ambtenaar geen psychologische hulp heeft gezocht in verband met zijn angst voor het ontstaan van een ziekte en evenmin medische verklaringen heeft overgelegd waaruit valt af te leiden dat hij langdurig en ernstig heeft geleden onder psychische spanningen als gevolg van het prikincident. De rechtbank acht het in dit opzicht onvoldoende dat de huisarts van de ambtenaar hem slaapmiddelen en kalmerende middelen heeft voorgeschreven.¹⁴

De rechtbank gaat dus niet zozeer in op het argument van Defensie dat er geen sprake is van een reële angst, maar doet de zaak af met de overweging dat niet is aangetoond dat daadwerkelijk van geestelijk letsel sprake is. Wel kan natuurlijk op de achtergrond hebben meegespeeld dat ook de rechtbank de angst weinig reëel vond, maar uit de uitspraak blijkt dit niet (expliciet).¹⁵

Ook in de civiele aansprakelijkheidszaak staat de vraag centraal of wel daadwerkelijk van geestelijk letsel sprake is.¹⁶ Daarnaast komt in deze zaak ook de vraag naar het realiteitsgehalte van de angst aan de orde. De zaak betreft een werknemer die op het werk blootgesteld is geweest aan asbest en stelt psychisch ziek te zijn geworden door de angst om een asbestgerelateerde ziekte te krijgen. Hij maakt daarom aanspraak op smartengeld. De kantonrechter Middelburg is van mening dat sprake is van een reële angst, nu de werknemer in aanzienlijke mate blootgesteld is geweest aan asbeststof, maar oordeelt dat de werknemer nader bewijs moet leveren van zijn stelling dat hij psychisch ziek is geworden, temeer nu hij weigert om een medisch onderzoek te ondergaan. In hoger beroep is ook de rechtbank Middelburg van oordeel dat de werknemer in beginsel aanspraak moet kunnen maken op schadevergoeding in verband met psychisch letsel, mits hij aantoont dat dit letsel voldoende ernstig is.¹⁷ Niet vereist is dat sprake is van een in psychiatrie erkend ziektebeeld.¹⁸ De rechtbank overweegt als volgt:

“Door te stellen dat de blootstelling aan asbest bij de werknemer de ervaring van een voortdurende dreiging van een fatale asbestgerelateerde ziekte teweeg heeft gebracht dan wel een zijn leven beheersende angst daarvoor heeft de werknemer voldoende

14 Rb. 's-Gravenhage 7 maart 2003, *TAR* 2003, 67.

15 De rechtbank merkt wel op dat naar haar mening er überhaupt geen grondslag is voor toekenning van een vergoeding voor immateriële schade. Omdat Defensie hier echter onverplicht toe over is gegaan, laat de rechtbank dit, in verband met het verbod op reformatio in peius in stand.

16 Rb. Middelburg 30 mei 2001, *JAR* 2001, 232.

17 Rb. Middelburg 30 mei 2001, *JAR* 2001, 232.

18 Of dit juist is, kan worden betwijfeld na het Kindertaxi-arrest van de Hoge Raad (22 februari 2002, *NJ* 2002, 240), waarin de Hoge Raad overwoog dat in het algemeen psychisch letsel enkel een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW kan vormen indien sprake is van een erkend psychiatrisch ziektebeeld. Zie verder § 3.9.3.

HOOFDSTUK 12

gesteld op grond waarvan de kantonrechter kon toekomen aan zijn overweging dat onderzocht moet worden of de angst reëel is in die zin dat de werknemer in zodanige mate aan asbeststof is blootgesteld dat er voor hem in relevante mate verhoogde kans op een fatale asbestziekte bestaat. In dit geval is de angst volgens de rechtbank reëel, gelet op het feit dat de werknemer gedurende 37 jaar bij de werkgever in dienst is geweest en bij zijn werkzaamheden blootgesteld is geweest aan asbeststof. Verder staat vast, zo gaat de rechtbank verder, dat bij de werknemer pleura plaques zijn geconstateerd, een verdikking van het longvlies, die weliswaar goedaardig is maar waaruit wel kan worden afgeleid dat de blootstelling aan asbeststof gevolgen heeft gehad in het lichaam. De rechtbank gaat vervolgens verder met de opmerking dat ook in haar visie een deskundigenonderzoek geïndiceerd is, dit ondanks het feit dat de werknemer dit niet nodig acht. De rechter kan dit ook ambtshalve bevelen. Hetgeen de werknemer tot nog toe heeft gesteld is ook in de ogen van de rechtbank onvoldoende voor de conclusie dat de werknemer gebukt gaat onder ernstige psychische spanningen, gelet met name op het feit dat niet is gesteld, noch is gebleken, dat de werknemer professionele hulp voor zijn klachten heeft gehad. Dit betekent naar het oordeel van de rechtbank echter niet dat de vordering van de werknemer moet worden afgewezen, maar wel dat onderzoek door (een) deskundige(n), (waaronder) een psychiater, noodzakelijk is."

In deze zaak staat, anders dan in de hiervoor besproken ambtenarenzaak, wel vast dat sprake is van een reële angst. Tevens staat de tekortkoming van de werkgever, dat wil zeggen de blootstelling aan asbeststof, vast. De procedure spitst zich daarom toe op de vraag of er daadwerkelijk sprake is van psychisch letsel en daarmee van vergoedbare schade.

In een ambtenarenzaak die werd voorgelegd aan de rechtbank 's-Gravenhage stond niet ter discussie dat sprake was van een psychische ziekte.¹⁹ De vraag was echter of deze ziekte het gevolg was van angst om een asbestgerelateerde ziekte te krijgen of veeleer van de persoonlijkheidsstructuur van de betrokken ambtenaar. Het ging daarbij om een toetsing op no-fault basis, omdat de ambtenaar verzocht om toekenning van rechtspositionele voorzieningen. De ambtenaar stelde, onder overlegging van een verklaring van een psychiater inhoudende dat hij leed aan anticipatieangst en aan een aanpassingsstoornis, dat hij psychisch ziek was geworden nadat hij eind jaren '90 had gehoord dat hij tijdens zijn werkzaamheden in het NAVO Commandocentrum 'Cannerberg' in 1970 en 1971 mogelijk aan asbest blootgesteld was geweest. Hij verzocht daarom om toekenning van een militair invaliditeitspensioen. Defensie was evenwel van mening dat de klachten van de ambtenaar niet werkgerelateerd waren en kwam met een eigen medische verklaring waarin stond dat sprake was van een gegeneraliseerde angststoornis en hypochondrie zonder causaal verband met de uitoefening van de militaire dienst.

De rechtbank ziet zich, gezien deze gang van zaken, gedwongen om zelf een deskundige te benoemen om te rapporteren over de geestesgesteldheid van de ambtenaar, en vervolgens nog een aanvullend persoonlijkheidsonderzoek te laten

19 Rb. 's-Gravenhage 30 december 2003, TAR 2004, 34.

PSYCHISCH LETSEL DOOR DE ANGST VOOR EEN ERNSTIGE ZIEKTE (ANGSTSCHADE)

plaatsvinden. Op basis van de aldus tot stand gekomen rapportage oordeelt de rechtbank als volgt:

“Er blijkt geen sprake van een PTSS. De klachten kunnen weliswaar worden geduid als een aanpassingsstoornis, maar deze hangt vooral samen met de persoonlijkheidstrekken van eiser en niet zozeer met een ernstige psychopathologie. Uit de rapportage blijkt genoegzaam dat, voor zover bij eiser al van een psychiatrisch ziektebeeld kan worden gesproken, het nieuws over de mogelijke asbestblootstelling en de daaruit voortvloeiende angst voor een ziekte (hetgeen de deskundige de initiële stressor noemt) niet van overwegende invloed is geweest op eisers geestelijke gezondheid. Daarom kan niet worden staande gehouden dat er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen de mogelijke blootstelling aan asbest tijdens de dienstuitoefening, meer dan dertig jaar geleden, en eisers psychische klachten.”

De afwijzing van het beroep van de ambtenaar tegen de weigering van Defensie om de door hem gestelde angstschade te vergoeden, berust in deze zaak met name op de overweging van de rechtbank dat geen causaal verband aanwezig is tussen het nieuws over de asbestblootstelling op de Cannerberg en de klachten van de ambtenaar. Tussen de regels door valt te lezen dat de rechtbank het niet aannemelijk acht dat een ambtenaar een psychiatrisch ziektebeeld heeft ontwikkeld door het horen van het bericht dat hij dertig jaar geleden mogelijk aan asbest blootgesteld is geweest. De rechtbank is daarom van mening dat de oorzaak van de ziekte vooral in de persoonlijkheidsstructuur van de ambtenaar te vinden is.

Een wat vreemde eend in de bijt is een ontslagzaak waarin aan een werkneemster een vergoeding is toegekend omdat zij zich genoodzaakt heeft gezien om ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken omdat haar werkgever heeft nagelaten afdoende maatregelen te treffen ter voorkoming van blootstelling van de werkneemster aan asbeststof.²⁰ De kantonrechter oordeelt in deze zaak dat de werkgever nalatig is geweest met het nemen van maatregelen tegen blootstelling aan asbeststof, ondanks aandringen van de Arbeidsinspectie en de werkneemster en ondanks diverse adviezen van deskundigen waaruit de noodzaak bleek tot het nemen van maatregelen. Aan de werkneemster komt daarom bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst een vergoeding toe van f 50.000,- (correctiefactor 2,5). Voor eventuele immateriële schade kan de werkneemster, aldus de rechter, een procedure op grond van artikel 7:658 BW starten.

De uitspraak heeft slechts zijdelings betrekking op angstschade, omdat niet duidelijk is of de werkneemster daadwerkelijk psychisch ziek was geworden door de angst om een asbestgerelateerde ziekte te krijgen, of dat veeleer sprake was van situationele arbeidsongeschiktheid als gevolg van het conflict met haar werkgever. Op de uitspraak zal daarom verder niet inhoudelijk worden ingegaan. Wel valt op dat de kantonrechter feitelijk een oordeel geeft over het tekortschieten door de werkgever in zijn verplichtingen en daar de toekenning van een hoge

20 Ktr. Leiden 28 april 1999, JAR 1999, 267.

HOOFDSTUK 12

vergoeding aan verbindt, terwijl de casus veel meer geëigend lijkt voor beoordeling in een procedure ex artikel 7:658 BW. In een dergelijke procedure had onderzocht kunnen worden of daadwerkelijk blootstelling aan asbeststof heeft plaatsgevonden en of de werkneemster inderdaad daardoor psychisch ziek is geworden. Zou thans in een eventuele procedure ex artikel 7:658 BW geoordeeld worden dat de werkgever niet aansprakelijk is voor de schade van de werkneemster, dan valt de beslissing in de ontbindingsprocedure niet meer terug te draaien. Dit is in deze zaak wellicht niet heel ernstig, omdat het tekortschieten door de werkgever evident lijkt, maar het zou mijns inziens toch beter zijn geweest als de rechter een bescheiden vergoeding had toegekend met het oog op het verlies van het dienstverband van de werkneemster door de handelwijze van de werkgever, en de zaak voor het overige naar een aansprakelijkheidsprocedure had verwezen.²¹

Uit de hier besproken rechtspraak valt af te leiden dat er naar Nederlands recht geen principiële bezwaren bestaan tegen de vergoeding van angstschade. Er lijkt niet geëist te worden dat het psychisch letsel als zodanig voorzienbaar moet zijn geweest. Voldoende is dat een verplichting is geschonden die strekte ter voorkoming van een ernstige levensbedreigende ziekte. Evenmin worden aanvullende vereisten gesteld aan de vergoeding van angstschade, zoals de eis, die wel wordt gesteld in het hierna te bespreken Amerikaanse recht,²² dat sprake moet zijn geweest van fysieke aantasting (*physical impact*), of het vereiste dat een werknemer fysiek in gevaar moet hebben verkeerd (*physical zone of danger*). Dit laatste vereiste zou in geval van angstschade ook weinig zinvol zijn, omdat angstschade überhaupt pas in beeld komt als een verplichting is geschonden ter voorkoming van lichamelijk letsel, namelijk een levensbedreigende ziekte. De werknemer verkeert dus steeds in gevaar voor fysiek letsel, zij het dat onduidelijk is of dit daadwerkelijk zal ontstaan en op welke termijn. In de Nederlandse rechtspraak wordt wél als voorwaarde voor vergoeding van angstschade gesteld, zo blijkt met name uit de uitspraak van de rechtbank Middelburg, dat sprake moet zijn van een reële dan wel redelijke angst, dat wil zeggen dat er een reële blootstelling aan een bepaalde stof moet hebben plaatsgevonden en dat deze blootstelling zodanig moet zijn geweest dat inderdaad gevreesd mag worden voor een levensbedreigende ziekte in de toekomst.²³

In de literatuur wordt een benadering voorgestaan waarin angstschade in beginsel voor vergoeding komt indien aan de gebruikelijke vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan. Stalker en Levine merken op dat vorderingen tot vergoeding van angstschade op dezelfde wijze behandeld moeten worden als alle andere vorderingen uit onrechtmatige daad of wanprestatie, dat wil zeggen dat moet worden nagegaan of er een zorgplicht is geschonden ten aanzien van een voorzienbaar slachtoffer en of deze daardoor schade als gevolg van psychisch letsel

21 Zie verder § 6.2.5.

22 § 12.4.

23 Rb. Middelburg 30 mei 2001, JAR 2001, 232.

heeft geleden.²⁴ Zij zien weinig in het stellen van aanvullende eisen aan aansprakelijkheid voor angstschade, zoals dat bijvoorbeeld in de Verenigde Staten gebeurt met toepassing van de *physical impact test*. Voor zover nodig kan voorkomen worden dat te vergaande aansprakelijkheid wordt aangenomen door te eisen dat sprake moet zijn van een reële angst en door met eventuele predisposities voor psychisch letsel rekening te houden bij de begroting van de schade. Daarnaast stellen Stolker en Levine voor om als schadevergoeding geen bedrag ineens toe te kennen, maar een periodieke uitkering, waarbij het slachtoffer/de werknemer zich periodiek psychiatrisch zou moeten laten controleren teneinde vast te stellen of hij nog steeds psychisch ziek is.²⁵ Het gaat daarbij echter niet om het beperken van aansprakelijkheid als zodanig, maar om beperking van de omvang van de schadevergoeding.

Ook Lindenbergh is van mening dat de gebruikelijke criteria voor aansprakelijkheid kunnen worden toegepast op een vordering tot vergoeding van angstschade. Daarbij acht hij het van belang dat angstschade in de regel het gevolg zal zijn van schending van een verplichting die strekt ter bescherming van de fysieke gezondheid. Ontstaat in een dergelijk geval geen fysiek, maar psychisch letsel, dan is de werkgever ook daarvoor aansprakelijk.²⁶ Lindenbergh bepleit in dit opzicht aansluiting bij de in het arrest Cijssouw I ontwikkelde norm, te weten dat wanneer een met het oog op een bekend gevaar geformuleerde norm is geschonden, en daardoor de kans op het ontstaan van een onbekend gevaar is vergroot, de aansprakelijkheid zich in beginsel ook uitstrekt tot de gevolgen van dat onbekende gevaar.²⁷ Toepassing van deze norm ligt volgens Lindenbergh temeer in de rede omdat psychisch letsel heden ten dage niet meer kan worden aangemerkt als een onbekend gevaar, maar hooguit als een in het concrete geval onverwacht of atypisch gevaar.²⁸

Een geheel andere benadering van angstschade is bepleit door Akkermans. Akkermans plaatst de vergoeding van angstschade in het leerstuk van aansprakelijkheid voor het verlies van een kans.²⁹ In deze benadering levert de belasting met een duurzaam risico, zoals het risico op het ontstaan van een levensbedreigende ziekte als mesotheliom, longkanker of AIDS, vermogensschade op die, als is voldaan aan de gebruikelijke vereisten voor aansprakelijkheid, recht kan geven

24 Stolker en Levine, *NJB* 1996, p. 891. Zie ook Stolker en Levine, *European Review of Private Law*, 1999, p. 18-19.

25 Stolker en Levine, *NJB* 1996, p. 891 en *European Review of Private Law*, p. 17-18.

26 S.D. Lindenbergh, "Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade", *AV&S* 2003, p. 16-17. Zie ook S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer 2000, p. 41, en A.J. Verheij, "Vergoeding van shockschade sinds HR 22 februari 2002", *Letsel & Schade* 2002, p. 8.

27 HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 (Cijssouw I; m.nt. PAS).

28 Lindenbergh, *AV&S* 2003, p. 17.

29 A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer 1997, p. 219 e.v.

HOOFDSTUK 12

op schadevergoeding. Hiervoor is niet vereist dat de angst voor een levensbedreigende ziekte bij de betrokkene psychisch letsel teweeg heeft gebracht. Het risico op het ontstaan van schade in de toekomst als zodanig geeft – mits dit risico voldoende reëel is – aanspraak op schadevergoeding.³⁰ Deze benadering biedt interessante perspectieven, maar ligt minder voor de hand in een geval waarin een werknemer in het heden psychisch ziek is geworden door de angst om in de toekomst een levensbedreigende fysieke ziekte te krijgen. De werknemer vordert in dat geval immers vergoeding van de schade die hij lijdt door zijn actuele psychische ziekte en geen vergoeding voor mogelijke toekomstige schade. Krijgt de werknemer op enig moment de gevreesde ziekte, dan kan hij daarvoor alsnog schadevergoeding vorderen. Zijn schade is dan nog niet vergoed door de vergoeding die hij eerder met het oog op zijn psychische ziekte heeft gekregen, omdat sprake is van twee verschillende oorzaken van schade: de angst om de levensbedreigende ziekte te krijgen enerzijds, welke angst heeft geresulteerd in psychisch letsel, en de daadwerkelijke ziekte anderzijds. In de risicobenadering, zoals bepleit door Akkermans, ligt dat anders. Daarin dient een keuze gemaakt te worden tussen ofwel vergoeding van de actuele kansschade ofwel vergoeding van de definitieve schade in de toekomst, als deze intreedt.³¹

12.4 Vergoeding van angstschade naar Engels en Amerikaans recht

12.4.1 Vergoeding van angstschade naar Engels recht

In het Engelse recht bestaat nog weinig aandacht voor de aansprakelijkheid van de werkgever voor angstschade. Dit is opmerkelijk nu ten aanzien van de aansprakelijkheid voor psychische ziekte als gevolg van andere oorzaken, in het bijzonder als gevolg van het meemaken van een schokkende gebeurtenis en als gevolg van overbelasting,³² inmiddels verschillende uitspraken zijn gedaan en publicaties zijn verschenen. In het rapport van de *Law Commission* over aansprakelijkheid voor *psychiatric injury* wordt één uitspraak genoemd waarin de vraag aan de orde was of een werknemer aanspraak kon maken op een vergoeding

30 Wordt deze aanspraak gehonoreerd, dan bestaat geen recht meer op schadevergoeding indien de gevreesde ziekte in de toekomst daadwerkelijk ontstaat. Ofwel de actuele kansschade wordt vergoed ofwel de reële schade in de toekomst (als die ontstaat).

31 Dit volgt uit het feit dat in deze benadering het risico/de kans wordt vergoed. Is dat eenmaal gebeurd, dan heeft de gelaedeerde partij het risico als het ware voor zijn rekening genomen en kan hij niet alsnog schadevergoeding vorderen als het risico zich realiseert. Zie uitgebreid Akkermans, diss. 1997, p. 240-242.

32 Zie respectievelijk hoofdstuk 11 en 13.

PSYCHISCH LETSEL DOOR DE ANGST VOOR EEN ERNSTIGE ZIEKTE (ANGSTSCHADE)

voor angstschaade. Deze zaak, *Aston v Imperial Chemical Industries Group* uit 1992,³³ betrof een werknemer die op het werk was blootgesteld aan stoffen die leverkan-ker konden veroorzaken. Aan de werknemer was meegedeeld dat de incubatie-tijd van de ziekte ongeveer 15 jaar bedroeg en dat de ziekte, als hij eenmaal ont-stond, in de regel binnen zes maanden tot de dood leidde. De werknemer raakte hierdoor in een depressie en stelde zijn werkgever daarvoor aansprakelijk. Deze betwistte de aansprakelijkheid op de grond dat hij alleen een verplichting zou hebben om psychisch letsel te voorkomen dat het gevolg is van lichamelijk letsel. De rechter verwierp dit verweer. Daarbij merkte de rechter het volgende op:

"It furthermore seems to me that the employer whose system of work negligently induces psychiatric injury without any physical injury by, for example excessive noise or flickering lights or psychological pressures is just as liable as one who causes physical injury because the duty of care exists and the necessary proximity exists by reason of the master and servant relationship."

De rechter is derhalve van oordeel dat een werkgever op grond van zijn zorg-plicht voor de gezondheid en veiligheid van zijn werknemers gehouden is om deze ook tegen psychisch letsel, waaronder psychisch letsel als gevolg van de angst om een ernstige ziekte te krijgen, te beschermen. De rechter zoekt geen aan-sluiting bij de criteria inzake de vergoeding van shockschade zoals deze ongeveer een jaar eerder, in 1991, waren ontwikkeld in de zaak *Alcock*, maar beslist de zaak op grond van de arbeidsrechtelijke zorgplicht van de werkgever. Aangezien er, voor zover mij bekend, geen andere uitspraken zijn gedaan over angstschaade dan deze, kan niet met zekerheid gezegd worden of de arbeidsrechtelijke zorgplicht van de werkgever de grondslag is voor eventuele aansprakelijkheid voor angst-schade, of, evenals bij shockschade, de zorgplicht van de werkgever jegens een ieder. Indien het tweede het geval zou zijn, zou ook in zaken van angstschaade alleen aanspraak gemaakt kunnen worden op schadevergoeding indien de betrok-ken werknemer tevens fysiek in gevaar zou hebben verkeer. Overigens zal aan een dergelijk vereiste bij angstschaade veelal wel voldaan zijn omdat deze schade, zoals gezegd, in de regel het gevolg is van schending van een verplichting ter voorkoming van fysiek letsel, namelijk de verplichting om een werknemer niet aan gevaarlijke stoffen bloot te stellen.

12.4.2 Vergoeding van angstschaade naar Amerikaans recht

In het Amerikaanse recht zijn verschillende uitspraken gedaan over angstschaade, zowel binnen als buiten het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid. Met betrekking tot werkgeversaansprakelijkheid is de rechtspraak die is gewezen op

33 Gewezen op 21 mei 1992, niet gepubliceerd. Zie de Law Commission, *Liability for psychiatric illness*, Report no. 249, Londen 1998, p. 27, noot 124.

HOOFDSTUK 12

basis van de *Federal Employers Liability Act* (FELA) het belangrijkste.³⁴ Het *Supreme Court of the United States* heeft geoordeeld dat een werknemer op grond van deze wet alleen dan aanspraak kan maken op vergoeding van angstschade indien tevens sprake is van fysieke aantasting (*physical impact*). De eerste belangrijke uitspraak hierover werd door het *Supreme Court* in 1997 gedaan in de zaak *Metro North v. Buckley*.³⁵ Het ging in deze zaak om een werknemer, Buckley, die gedurende drie jaar elke dag ongeveer een uur blootgesteld was geweest aan asbest, namelijk bij het verwijderen van isolatiestof dat asbest bevatte. In dat uur werd hij geheel overdekt met asbeststof. Buckley vreesde door deze blootstelling mesothelioom of een andere asbestgerelateerde ziekte te hebben opgelopen. De uitslag van testen of hij dergelijke ziekten had, waren steeds negatief, dat wil zeggen dat geen ziektesymptomen werden gevonden. Buckley stelde evenwel dat de angst dat hij een dergelijke ziekte zou hebben of krijgen zijn leven zo sterk beheerste dat hij geestelijk ziek was geworden als gevolg hiervan. Medische hulp had hij echter (nog) niet gezocht.

Het *Supreme Court* verwijst bij de beoordeling van de zaak naar zijn eerdere uitspraak in *Gotshall*,³⁶ waarin hij oordeelde dat een werkgever alleen aansprakelijk is voor geestelijk letsel van een werknemer indien deze werknemer ook fysiek is geraakt (criterium van de *physical impact*) of in gevaar hiervoor heeft verkeerd (het *zone of physical danger* criterium). Buckley voldoet niet aan deze vereisten, aldus het *Supreme Court*. Onder *physical impact* valt niet de blootstelling aan stoffen die een toekomstig risico op ziekte met zich brengen, maar alleen gebeurtenissen waarbij dreigend fysiek contact *immediate traumatic bodily harm* heeft veroorzaakt of had kunnen veroorzaken. Buckley is niet lichamelijk ziek en heeft geen symptomen van ziekte en komt daarom niet in aanmerking voor schadevergoeding.

In de *dissenting opinion* van rechter Ginsburg, met welk oordeel rechter Stevens instemt, wordt opgemerkt dat Buckley wel degelijk heeft voldaan aan het criterium van de *physical impact*, gelet op de mate waarin hij aan asbeststof is blootgesteld. Ginsburg steunt de afwijzing van de vordering echter omdat naar haar mening Buckley niet heeft aangetoond dat hij daadwerkelijk psychisch ziek is geworden, nu hij geen professionele hulp heeft gezocht en geen medisch bewijs heeft overgelegd met betrekking tot zijn geestelijke gesteldheid.³⁷

34 Opmerkelijk is dat in het *workers' compensation* recht aan het al dan niet vergoeden van angstschade (vrijwel) geen aandacht wordt besteed. Kennelijk worden er weinig of geen uitkeringen aangevraagd op deze grond.

35 *Metro North Commuter Railroad Co. v. Buckley*, 521 U.S. 424 (1997).

36 *Consolidated Rail Corporation v. Gotshall*, 114 Supreme Court U.S. 2396, 129 L. Ed. 2d 427 (1994).

37 Rechter Ginsburg en Stevens zijn het met name niet eens met de afwijzing door de meerderheid van het *Supreme Court* van de vordering van Buckley tot vergoeding van de kosten van regelmatige medische controle. Dit punt zal hier echter verder buiten beschouwing blijven.

PSYCHISCH LETSEL DOOR DE ANGST VOOR EEN ERNSTIGE ZIEKTE (ANGTSCHADE)

Een volgende belangrijke uitspraak op het gebied van de angstschade is door het *Supreme Court* gedaan in 2003 in de zaak *Norfolk & Western Railway Co. v. Ayers et al.*³⁸ Deze zaak was, evenals *Buckley*, een *test-case* waarin namens een aantal werknemers werd geprocedeerd over de reikwijdte van de aansprakelijkheid van de werkgever voor angstschade. Anders dan in *Buckley* ging het in *Norfolk* om werknemers die wel een fysieke ziekte hadden opgelopen als gevolg van blootstelling aan asbest. Deze ziekte was echter niet één van de twee levensbedreigende asbestziekten, mesotheliom of longkanker, maar de minder bedreigende ziekte asbestose.³⁹ De werknemers stelden evenwel te vreezen voor mesotheliom of longkanker, gelet op het feit dat een substantieel aantal asbestosepatiënten uiteindelijk aan één van deze twee fatale asbestziekten overlijdt.⁴⁰ De vraag die het *Supreme Court* moest beantwoorden, was of het bestaan van asbestose recht geeft op vergoeding van geestelijk letsel als gevolg van de angst om mesotheliom of longkanker te krijgen. Een krappe meerderheid van het *Supreme Court*, vijf van de negen rechters, beantwoordde deze vraag bevestigend.

Het *Supreme Court* oordeelt dat is voldaan aan het criterium van *physical impact* zoals geformuleerd in *Buckley*. De werknemers vorderen geen vergoeding van een *increased risk of future cancer*, maar van *damages for their current injury, which, they allege, encompasses a present fear that the toxic exposure causative of asbestosis may later result in cancer*. Een dergelijke schadevergoeding is toewijsbaar, nu sprake is van ziekte. Daarbij merkt het *Supreme Court* op dat onweersproken is dat er een relatie is tussen blootstelling aan asbeststof die asbestose veroorzaakt en kanker als gevolg van blootstelling aan diezelfde asbeststof. Een werknemer kan echter alleen schadevergoeding verkrijgen voor de angst om mesotheliom of longkanker te krijgen als hij bewijst dat zijn angst 'echt' en 'serieus' is. Had *Norfolk* op dit punt verweer gevoerd, dan had zij de procedure wellicht gewonnen. *Norfolk* heeft echter alleen over de meer principiële punten geprocedeerd. Het *Supreme Court* erkent dat bij lagere rechterlijke instanties een groot aantal asbestvorderingen aanhangig is en dat het toelaten van de mogelijkheid om vergoeding van angstschade te vorderen, tot een nog groter aantal vorderingen kan leiden. Het *Supreme Court* vindt dit echter onvoldoende grond om de regels inzake aansprakelijkheid aan te passen. Het is aan de wetgever om op dit vlak actie te ondernemen.

Vier van de negen rechters zijn van mening dat de vordering van de werknemers had moeten worden afgewezen. Zij stellen dat psychisch letsel door de angst om mesotheliom of longkanker te krijgen, in geval een werknemer reeds asbestose

38 123 Supreme Court 1210 (2003).

39 Asbestose of stoflong kan alleen ontstaan door blootstelling aan asbest. Het belangrijkste symptoom ervan is kortademigheid. De ernst van asbestose varieert van relatief goedaardig tot ernstig in die zin dat lichamelijke inspanning (vrijwel) niet meer mogelijk is. Zie verder Van en Dek, 2002, onder 2.1.

40 In de literatuur worden verschillende percentages genoemd, zoals ook blijkt uit de in *Norfolk* geciteerde literatuur. Van en Dek, 2002, noemen in hun bijdrage een percentage van 50%, dat wil zeggen dat 50% van de asbestosepatiënten uiteindelijk overlijdt aan mesotheliom of longkanker.

HOOFDSTUK 12

heeft, alleen vergoed moet worden als het psychisch letsel een direct gevolg is van de asbestose. Dit is naar hun mening in de zaak *Norfolk* niet het geval omdat de angst van de werknemers betrekking heeft op een mogelijke ziekte in de toekomst en niet direct voortvloeit uit hun klachten van kortademigheid, vermoeidheid e.d. Uit de medische literatuur kan, naar het oordeel van deze rechters, niet worden afgeleid dat er een causale relatie bestaat tussen asbestose en kanker. Verder vrezen zij dat, als aan werknemers met asbestose schadevergoeding wordt toegekend wegens de angst om longkanker of mesotheliom te krijgen, er uiteindelijk, door faillissementen e.d., te weinig geld zal overblijven om aan de werknemers die daadwerkelijk mesotheliom of longkanker krijgen, schadevergoeding te betalen. Zij wijzen daarbij op de forse vergoedingen, tussen de \$ 500.000,- en \$ 1.200.000,- die de werknemers in *Norfolk* toegewezen hebben gekregen.

In de literatuur is verdeeld gereageerd op de uitspraken in *Buckley* en *Norfolk*. De uitspraak in *Buckley* wordt door sommige schrijvers toegejuicht vanuit de gedachte dat het *Supreme Court* een duidelijke maatstaf heeft aangelegd waardoor werkgevers, werknemers en lagere rechters weten waar zij aan toe zijn en waardoor onbegrensde aansprakelijkheid wordt voorkomen.⁴¹ Anderen zijn kritisch en merken op dat de toepassing van de *physical impact test* in *Buckley* in strijd is met de ruime interpretatie die door de jaren heen aan FELA is gegeven. Daarnaast wordt kritiek geuit op het feit dat het *Supreme Court* de langdurige blootstelling aan asbest van *Buckley* afdoet als *simple physical contact* en niet als *physical impact*.⁴² De schrijvers die kritisch zijn over *Buckley* zijn uiteraard ook niet gelukkig met *Norfolk*, omdat ook daarin de *physical impact test* wordt gehanteerd, welke toets naar hun mening te formalistisch en arbitrair is en vervangen zou moeten worden door een benadering vanuit het voorzienbaarheidsvereiste.⁴³ De voorstanders van een niet te ruime vergoeding van psychisch letsel zijn echter ook niet ingenomen met het standpunt van het *Supreme Court* in *Norfolk*. Zij achten de link tussen het hebben van asbestose en de vrees voor longkanker of mesotheliom te zwak voor het daarop baseren van een recht op vergoeding van angstschade.⁴⁴ Bovendien vrezen zij dat, als op grote schaal vergoedingen voor angstschade worden toegekend, er te weinig geld overblijft voor werknemers die daadwerkelijk mesotheliom of longkanker krijgen.⁴⁵

41 Zie Emily Eadie, "Metro-North Commuter Railroad Company v. Michael Buckley", *Ohio Northern University Law Review* 1998, p. 609-618.

42 Anthony Lamanna, "Recent decision – Metro North/Buckley", 36 *Duquesne University Law Review* 993, 1998.

43 Zie in dit opzicht "The Supreme Court, 2002 Term, Leading Cases, Federal Statutes and Regulations", *Harvard Law Review*, November 2003, p. 420-430.

44 Nester, *Saint Louis University Public Law Review* 2004, p. 367-397.

45 In dit verband wordt gewezen op het grote aantal procedures dat wordt gevoerd in asbestzaken. Er zouden 200.000 zaken aanhangig zijn en jaarlijks 50.000 nieuwe worden opgestart. Bovendien zouden veel bedrijven die asbest hebben geproduceerd failliet zijn gegaan en nog steeds gaan (25 van de meer dan 140 bedrijven in 2000). Zie voor verdere gegevens en verwijzingen Nester, *Saint Louis University Public Law Review* 2004, p. 367-397.

PSYCHISCH LETSEL DOOR DE ANGST VOOR EEN ERNSTIGE ZIEKTE (ANGSTSCHADE)

Niet alleen de angst voor asbestgerelateerde ziekten, maar ook de angst voor AIDS heeft tot veel rechtszaken geleid in de VS. Een groot deel daarvan speelt zich af buiten het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid. Ook onder het regime van FELA is echter de vraag naar de aansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel als gevolg van de angst om AIDS te krijgen aan de orde geweest. In de zaak *Marchica v. Long Island Railroad*, waarin uitspraak werd gedaan door het *Second Circuit Court of Appeals*,⁴⁶ ging het om de vraag of de werkgever aansprakelijk was voor de angst voor AIDS van zijn werknemer Marchica die zich had geprikt aan een weggegooide injectienaald die op een plaats lag waar nogal wat drugsgebruikers kwamen. Marchica raakte hierdoor, en door de informatie die hij over AIDS kreeg van zijn behandelend artsen, zodanig geestelijk van slag dat hij psychiatrische behandeling nodig had. In eerste aanleg werd zijn vordering tot schadevergoeding toegewezen. Tegen de tijd dat de zaak bij het *Second Circuit Court* kwam, had het *Supreme Court* juist kort daarvoor uitspraak gedaan in *Gotshall* en had het daarin het criterium van de fysieke gevarenzone geïntroduceerd.

In de lijn van *Gotshall* overweegt het *Second Circuit Court* dat vastgesteld moet worden of Marchica zich in de gevarenzone voor lichamelijk letsel heeft bevonden. De rechters beantwoorden deze vraag bevestigend, gelet op het feit Marchica ook (licht) lichamelijk letsel heeft opgelopen door het prikken aan de naald. Daarnaast heeft Marchica volgens het *Second Circuit Court* voldaan aan het criterium dat sprake moet zijn van omstandigheden die zodanig zijn dat een redelijk persoon eveneens bang zou zijn om AIDS te krijgen. De rechters wijzen echter de vordering tot vergoeding van toekomstige schade als gevolg van de angst om AIDS te krijgen af, omdat Marchica na drie jaar en drie bloedtests nog steeds geen HIV blijkt te hebben en eventueel psychisch letsel als gevolg van angst na die drie jaar niet meer redelijk geacht kan worden. Wel wordt aan Marchica schadevergoeding toegekend vanwege de PTSS die bij hem is gediagnosticeerd na het prikincident. Deze schadevergoeding dient berekend te worden over de looptijd van de PTSS.

Vermoedelijk zou Marchica ook schadevergoeding hebben gekregen indien zijn zaak door het *Supreme Court* zou zijn beoordeeld.⁴⁷ In *Buckley* citeert het *Supreme Court* namelijk met instemming het oordeel van de rechters in *Marchica*, inhoudende dat in zijn zaak sprake is van een *traumatic injury*.⁴⁸ Kennelijk is het *Supreme Court* van mening dat het zich prikken aan een naald wel een fysieke aantasting oplevert, dit in tegenstelling tot het dagelijks overdekt worden met asbeststof. In de literatuur is naar aanleiding hiervan wel opgemerkt dat het willekeurig aandoet dat een eenmalig prikincident wel als *physical impact* wordt aan-

46 *Marchica v. Long Island Railroad*, 810 F. Supp. 445 (E.D.N.Y. 1993), affirmed 31 F.3d 1197 (2d Cir. 1994), cert. Denied, 115 S.Ct. 727 (1995).

47 Een beroep op het *Supreme Court* was in dit geval niet mogelijk omdat *certification was denied*.

48 117 *Supreme Court*, at 2121-22.

HOOFDSTUK 12

gemerkt en als zodanig recht geeft op vergoeding van angstschade, terwijl dit niet het geval is in geval van dagelijkse blootstelling aan asbeststof.⁴⁹ Aan de andere kant wordt wel betoogd dat de uitspraak in *Marchica* de toets der kritiek wel kan doorstaan, omdat niet alleen sprake was van *physical impact test* door de aanraking met de injectienaald, maar *Marchica* ook redelijkerwijs mocht vrezen voor AIDS, gelet op "*the realities of the AIDS crisis, the deadly and elusive characteristics of the disease and society's increasing knowledge and concern for the epidemic* (...)." ⁵⁰

De *physical impact test* wordt ook in het algemene aansprakelijkheidsrecht toegepast op vorderingen tot vergoeding van angstschade. In een aantal staten kan inmiddels echter ook schadevergoeding worden verkregen voor zuiver psychisch letsel als gevolg van de angst voor AIDS indien niet is voldaan aan het vereiste van de fysieke aantasting.⁵¹ Twee benaderingen worden daarbij onderscheiden: de *actual exposure test* en de benadering vanuit *general reasonableness*. In het eerste geval moet de eiser aantonen dat hij daadwerkelijk is blootgesteld aan besmet materiaal, zoals bijvoorbeeld een besmette injectienaald, terwijl het in de tweede benadering voldoende is als de eiser kan bewijzen dat een specifieke gebeurtenis, waarbij mogelijk blootstelling heeft plaatsgevonden, redelijkerwijs angstschade teweeg heeft kunnen brengen (en aan de overige gebruikelijke vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan). In deze tweede situatie kan ook schadevergoeding worden toegekend als de eiser, gelet op zijn kennisniveau, redelijkerwijs mocht vrezen met HIV/AIDS besmet te zijn, ook al is de daadwerkelijke blootstelling aan besmet materiaal niet aangetoond.⁵² Concreet betekent dit dat bij een benadering op grond van *general reasonableness* ook eisers die de blootstelling aan besmet materiaal niet kunnen bewijzen, onder omstandigheden aanspraak kunnen

49 Zie Stolker en Levine, *European Review of Private Law*, 1999, p. 13. Zie ook Joseph Loparco, "Marchica v. Long Island Railroad: 'AIDS-Phobia Recovery Under the Federal Employers' Liability Act'", 15 *Pace Law Review* 575, 1995, p. 615, die het zelf eens is met de beslissing in *Marchica*, maar wel opmerkt dat anderen het zich prikken aan een naald aanmerken als "*a rather insubstantial and inaccurate means of justifying the extent of alleged emotional injury in AIDS-phobia situations.*"

50 Loparco, 15 *Pace Law Review* 575, 1995, p. 516.

51 Zie hierover Alexander Santee, "More than just bad blood: reasonably assessing fear of AIDS-claims", *Villanova Law Review* 2001, p. 207-240. Werknemers kunnen in beginsel geen beroep doen op het algemene aansprakelijkheidsrecht ter verkrijging van schadevergoeding van hun werkgever omdat de *workers' compensation* wetgeving hieraan in de weg staat. De ontwikkelingen in het algemene aansprakelijkheidsrecht leveren echter wel aanknopingspunten op voor de wijze waarop naar Nederlands recht met eventuele 'angst-voor-AIDS' vorderingen kan worden omgegaan, reden waarom aan deze ontwikkelingen in dit hoofdstuk aandacht wordt besteed.

52 Vgl. *Williamson v. Waldman*, 696 A.2d 14, (N.J. 1997).

maken op schadevergoeding, terwijl dit bij toepassing van de *actual exposure test* niet mogelijk is. Bij blootstelling aan kankerverwekkende stoffen worden deze toetsen niet toegepast. Voor zover niet wordt geëist dat sprake is van *physical impact*, geldt daarbij de toets zoals toegepast in *Potter v. Firestone & Rubber Co.*⁵³ als uitgangspunt, te weten dat schadevergoeding alleen dan toewijsbaar is "*if it is more likely than not that the plaintiff will develop cancer in the future due to the toxic exposure.*" Inmiddels wordt in een aantal staten echter een minder strikte toets toegepast, waarbij met name wordt gekeken naar het voorhanden zijnde medisch bewijs en naar de kans op het ontstaan van kanker.⁵⁴

12.5 Voorzienbaarheidsvereiste en het vereiste van de redelijke/reële angst

12.5.1 Voorzienbaarheidsvereiste en het vereiste van *physical impact*

Zoals opgemerkt in § 12.1 is angstschade vergelijkbaar met shockschade in die zin dat beide vormen van schade in de regel het gevolg zijn van schending door de werkgever van een verplichting strekkende tot voorkoming van lichamelijk letsel. Bij shockschade is dat veelal een verplichting tot het voorkomen van een ongeval of andere schokkende gebeurtenis; bij angstschade zal het doorgaans gaan om verplichtingen strekkende ter bescherming tegen blootstelling aan gevaarlijke stoffen of materialen die een ernstige fysieke ziekte kunnen veroorzaken. In beide gevallen is er een kenbaar risico op het ontstaan van fysiek letsel aanwezig. De vraag is dan of, indien in plaats van dit fysieke letsel psychisch letsel ontstaat, de werkgever daarvoor ook aansprakelijk is. Het lijkt mij dat deze vraag bij angstschade, evenals bij shockschade, in beginsel bevestigend beantwoord moet worden. Naar Nederlands recht wordt niet als voorwaarde voor aansprakelijkheid gesteld dat specifiek psychisch letsel of een bepaalde vorm daarvan (angstschade) voorzienbaar moet zijn geweest, maar is het voldoende dat letsel als zodanig voorzienbaar was, dat ten onrechte geen maatregelen zijn getroffen om dat letsel te voorkomen en dat aan de overige criteria voor aansprakelijkheid is voldaan. Een andere benadering zou ertoe leiden, zo is ook reeds in § 11.3.4 opgemerkt, dat psychisch letsel wordt behandeld als een andere schade-soort dan fysiek letsel, aan de vergoeding waarvan andere, aanvullende eisen worden gesteld. Dit lijkt mij niet terecht omdat een dergelijk onderscheid tussen fysiek en psychisch letsel niet scherp valt te maken en psychisch letsel ook niet per definitie als minder ernstig dan lichamelijk letsel kan worden beschouwd. Een afbakening van wel en niet vergoedbare schade dient dan ook gemaakt te worden op basis van de zorgplicht en niet op basis van het soort schade. In het Amerikaanse recht worden aan de vergoeding van psychisch letsel wel andere eisen gesteld dan aan de vergoeding van fysiek letsel. Daarin komt, in elk

53 863 P. 2d 795 (California Supreme Court, 1993).

54 Santee, *Villanova Law Review* 2001, p. 220-221.

HOOFDSTUK 12

geval onder FELA, zuiver psychisch letsel in de vorm van angstschade alleen voor vergoeding in aanmerking als is voldaan aan het criterium van de *physical impact*. In het algemene aansprakelijkheidsrecht wordt dit criterium niet onverkort toegepast, maar vindt een afbakening van de kring van gerechtigden tot schadevergoeding ook wel plaats middels het eisen van een bepaalde grootte van de kans op de fysieke ziekte waarvoor gevreesd wordt dan wel een bepaalde mate of wijze van blootstelling. De basis voor aansprakelijkheid is dan *the tort of negligent infliction of emotional distress*. Daarbij is het voor aansprakelijkheid niet vereist dat (tevens) fysiek letsel voorzienbaar was.

De *physical impact test* biedt naar mijn mening weinig aanknopingspunten voor een zinvolle afbakening van de kring van gerechtigden tot schadevergoeding wegens angstschade. In de eerste plaats vooronderstelt deze toets – mijns inziens ten onrechte – dat fysiek letsel per definitie ernstiger is dan psychisch letsel, omdat fysiek letsel zonder verdere belemmeringen voor vergoeding in aanmerking kan komen, maar psychisch letsel alleen in het kielzog van fysiek letsel. Ten tweede leidt toepassing van deze toets tot willekeurige resultaten. Het feit dat een werknemer ook fysiek is geraakt, betekent bijvoorbeeld nog niet dat zijn angst voor een levensbedreigende ziekte reëel is. Het zich prikken aan een mogelijk besmette injectienaald rechtvaardigt niet steeds toewijzing van een vordering tot vergoeding van schade wegens de angst voor AIDS, in aanmerking nemend dat de kans op AIDS in geval van het zich prikken aan een besmette naald ongeveer 1 op 300 bedraagt, en dat dus sprake is van een nog geringere kans als de naald ook onbesmet kan zijn.⁵⁵ Daarentegen lijkt het niet onredelijk dat een werknemer die jarenlang dagelijks overdekt is geweest met asbeststof vreest een fatale asbestziekte te krijgen. Een dergelijke blootstelling aan asbeststof is door het Amerikaanse *Supreme Court* echter niet aangemerkt als *physical impact*.⁵⁶

Of sprake is van *physical impact* is dus op zijn minst lastig te bepalen. Daarnaast kan er ook sprake zijn van een redelijke vrees voor een fatale ziekte indien geen sprake is geweest van *physical impact*, zeker als dit begrip zo beperkt wordt uitgelegd als in de Amerikaanse zaak *Buckley*. Ook als een werknemer bijvoorbeeld blootgesteld is geweest aan asbeststof zonder dat hij zich daarvan bewust was op het moment van blootstelling en zonder dat hij tot dan toe symptomen van een asbestziekte heeft ontwikkeld, kan er sprake zijn van een zodanige vrees dat deze ziekmakend is. Of in een dergelijk geval recht bestaat op schadevergoeding dient naar mijn mening bepaald te worden aan de hand van het realiteitsgehalte en de redelijkheid van de angst en niet op basis van het al dan niet aanwezig zijn van *physical impact*.

55 Santee, *Villanova Law Review* 2001, p. 223.

56 *Metro North Commuter Railroad Co.v. Buckley*, 521 U.S. 424 (1997).

12.5.2 *Reële of redelijke angst; algemeen*⁵⁷

De vraag wanneer een angst redelijk of reëel te noemen is, valt uiteen in twee subvragen. De eerste daarvan is of het voor aansprakelijkheid voor angstschade vereist is dat een werknemer daadwerkelijk is blootgesteld aan gevaarlijke stoffen of materialen op het werk of dat ook sprake kan zijn van een reële angst indien de daadwerkelijke blootstelling niet kan worden bewezen. Deze vraag doet zich vooral voor bij geestelijk letsel als gevolg van angst voor AIDS, omdat het daarbij niet steeds valt te achterhalen of een werknemer daadwerkelijk in contact is geweest met besmet materiaal. Bij blootstelling aan asbeststof doet zich deze vraag niet voor omdat daarbij of wel blootstelling plaatsvindt of niet. Er kan geen verdere onderverdeling worden gemaakt tussen blootstelling aan gevaarlijk (want besmet) en aan niet gevaarlijk materiaal. Blootstelling aan asbeststof is per definitie gevaarlijk. Op de kwestie van daadwerkelijke blootstelling zal worden ingegaan in § 12.5.4.

De tweede subvraag zal in § 12.5.3 worden besproken. Het betreft de vraag hoe ernstig de ziekte moet zijn waarvoor gevreesd wordt en wat de kans op het ontstaan ervan moet zijn. Niet elke vrees voor elke ziekte zal namelijk redelijk zijn. Indien gevreesd wordt voor een minder ernstige ziekte of indien de kans dat een bepaalde ziekte zal ontstaan gering is, zal er niet steeds reden zijn voor aansprakelijkheid. De vraag is dan waar het omslagpunt ligt tussen ernstig en niet ernstig en tussen een kleine kans en een grote kans.

Het vereiste van de redelijke of reële angst kan gezien worden als onderdeel van de vraag of een werkgever een verplichting had ter voorkoming van psychisch letsel als gevolg van angst. Kan een bepaalde angst redelijk genoemd worden, omdat er blootstelling aan een gevaarlijke stof heeft plaatsgevonden en omdat hierdoor een ernstige ziekte kan ontstaan, dan was het voor de werkgever in beginsel voorzienbaar dat deze angst psychisch letsel teweeg kon brengen en had hij maatregelen moeten nemen om het ontstaan van dit letsel te voorkomen. De redelijkheid van de angst vormt daarmee onderdeel van de vaststelling of de werkgever een zorgplicht had jegens de betrokken werknemer. De vaststelling of een bepaalde angst redelijk is, kan echter ook in de sleutel van de toerekening als bedoeld in artikel 6:98 BW worden gezet. Het hangt namelijk mede van de persoonlijkheidsstructuur van een werknemer af of hij door een bepaalde angst psychisch ziek wordt of niet. Is een bepaalde angst niet redelijk, maar wordt een werknemer toch psychisch ziek, dan zal dit name met zijn eigen gesteldheid te maken hebben. Het is dan de vraag of de gevolgen van die ziekte (geheel) aan de werkgever moeten worden toegerekend – ervan uitgaande dat sprake is van een tekortkoming aan zijn zijde – of dat moet worden gezegd dat deze te ver buiten

⁵⁷ De begrippen 'reëel' en 'redelijk' worden in dit hoofdstuk door elkaar gebruikt in (vrijwel) dezelfde betekenis.

HOOFDSTUK 12

de normale lijn der verwachting liggen om nog te kunnen worden toegerekend. Ook hierbij speelt het criterium van de voorzienbaarheid een rol, maar dan niet als voorwaarde voor het bestaan van een zorgplicht, maar als één van de aspecten genoemd in artikel 6:98 BW.

12.5.3 Ernst van de ziekte en kans op het ontstaan ervan

Aan de vraag hoe ernstig een ziekte moet zijn, wil gezegd kunnen worden dat de angst ervoor reëel is, wordt in de literatuur en rechtspraak weinig aandacht besteed. De reden hiervoor is vermoedelijk dat vorderingen tot vergoeding van angstschade, gericht tegen de werkgever, tot nog toe steeds betrekking hebben gehad op ofwel de angst voor een fatale asbestziekte ofwel de angst voor AIDS. Deze ziekten worden – terecht – zonder meer aangemerkt als ernstige en levensbedreigende ziekten. Vanuit de risicobenadering⁵⁸ is wel aandacht gevraagd voor, zoals Akkermans het omschrijft, ‘claims met een speculatief karakter’, dat wil zeggen vorderingen waarbij er onzekerheid bestaat over het bestaan van een risico op ziekte.⁵⁹ Als voorbeeld noemt Akkermans gezondheidsrisico’s als gevolg van blootstelling aan onbekende chemische stoffen, waarbij het niet zeker is of daadwerkelijk (fysieke) ziekten zullen ontstaan en evenmin hoe ernstig deze zullen zijn. Akkermans is van mening dat, als niet met voldoende zekerheid is komen vast te staan dat sprake is van een substantieel verhoogd risico op een bepaald ziekte, een vordering tot vergoeding van kansschade zal moeten worden afgewezen.⁶⁰ Een dergelijke benadering kan ook worden gehanteerd op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid voor angstschade. Staat niet vast dat blootstelling aan bepaalde stoffen of materialen tot ernstige fysieke ziekte zal leiden, dan is er in beginsel geen grond voor toewijzing van een vordering tot vergoeding van angstschade.⁶¹ Onder een ‘ernstige ziekte’ dient naar mijn mening zowel een levensbedreigende ziekte verstaan te worden als een fysieke ziekte die het dagelijks functioneren in ernstige mate aantast, zoals bijvoorbeeld een (ernstige) verlamningsziekte.

Indien wordt aangenomen dat een werknemer alleen dan recht heeft op vergoeding van angstschade indien hij vreest voor een levensbedreigende of ernstig invaliderende ziekte, dan behoeven aan de grootte van de kans op ziekte geen stringente eisen te worden gesteld. Van een reële angst is dan reeds sprake van-

58 Zie § 12.3.

59 Akkermans, diss. 1997, p. 224-227.

60 Akkermans, diss. 1997, p. 226.

61 Wel kan, zoals ook Akkermans opmerkt, en zoals in de Amerikaanse rechtspraak wel gebeurt, een vordering worden toegewezen tot vergoeding van de schade van periodiek medisch onderzoek. In *Buckley* werd een dergelijke vordering overigens afgewezen omdat daarvoor geen ruimte zou zijn bij afwezigheid van letsel.

PSYCHISCH LETSEL DOOR DE ANGST VOOR EEN ERNSTIGE ZIEKTE (ANGTSCHADE)

wege de aard van de gevreesde ziekte. Het is dan naar mijn mening niet noodzakelijk dat er een kans van meer dan 50% bestaat op het ontstaan van de ziekte. Is de kans op ziekte groter dan 50%, dan is de angst voor de ziekte zeker reëel en is geen verdere discussie nodig. Is de kans op het ontstaan van een ernstige ziekte minder dan 50%, dan betekent dat niet zonder meer dat sprake is van een irreële angst. Ook bij een kleinere kans op het ontstaan van een ernstige ziekte kan de angst daarvoor reëel zijn, zeker als het gaat om een levensbedreigende ziekte. Ik acht het daarom niet wenselijk om op dit punt een harde maatstaf aan te leggen in die zin dat het voor aansprakelijkheid steeds vereist is dat een bepaalde kans op ziekte bestaat. Het is ook de vraag of een kans op een bepaalde ziekte zo nauwkeurig vastgesteld kan worden, nu daarbij niet alleen de blootstelling aan een gevaarlijke stof een rol speelt, maar ook diverse andere factoren. Of er een reële kans is op het ontstaan van een gevaarlijke ziekte moet daarom beoordeeld worden aan de hand van de omstandigheden van het geval. Belangrijk daarbij is dat de kans op het ontstaan van de ziekte natuurlijk wel een zekere omvang moet hebben en dat wordt meegewogen in hoeverre de angst daadwerkelijk betrekking heeft op een levensbedreigende of ernstig invaliderende ziekte.

12.5.4 *Blootstelling als vereiste*

Een ander aspect dat van belang is bij de beoordeling of de angst voor een bepaalde ziekte reëel is, is of daadwerkelijk blootstelling aan stoffen of voorwerpen die de ziekte kunnen veroorzaken, heeft plaatsgevonden. Met name in de context van AIDS-vorderingen is de vraag gerezen – vooral in de Verenigde Staten – of steeds geëist moet worden dat daadwerkelijk blootstelling aan gevaarlijk materiaal (*actual exposure*) heeft plaatsgevonden of dat in bepaalde gevallen kan worden volstaan met een benadering op grond van de redelijkheid (*general reasonableness*). De achtergrond hiervan is dat het bij angst-voor-AIDS vorderingen niet steeds valt te achterhalen of de eisende partij daadwerkelijk in contact is geweest met besmet materiaal. Een voorbeeld hiervan is de in § 12.4.2 besproken zaak *Marchica v. Long Island Railroad*⁶² waarin een werknemer vergoeding van psychisch letsel wegens zijn angst voor AIDS vorderde, nadat hij zich had geprikt aan een mogelijk besmette naald. Het stond daarbij niet vast dat de naald daadwerkelijk besmet was. Was in deze zaak *actual exposure* geëist, dan had Marchica moeten bewijzen dat de naald besmet was. Bij een benadering op grond van *general reasonableness* was dat niet zonder meer noodzakelijk geweest, maar was

62 *Marchica v. Long Island Railroad*, 810 F. Supp. 445 (E.D.N.Y. 1993), affirmed 31 F.3d 1197 (2d Cir. 1994), cert. Denied, 115 S.Ct. 727 (1995).

HOOFDSTUK 12

aan de hand van alle omstandigheden van het geval nagegaan of de vrees van Marchica al dan niet gegrond was.⁶³

Voorstanders van de redelijkheidsbenadering voeren aan dat in geval van mogelijke blootstelling aan besmet materiaal aansprakelijkheid op zijn plaats is als vaststaat dat de gedaagde partij is tekortgeschoten⁶⁴ en als de eiser door de angst als gevolg van de mogelijke blootstelling psychisch ziek is geworden. De gedaagde zou de eiser dan moeten nemen zoals hij is en zou hem niet mogen tegenwerpen dat hij psychisch ziek is geworden in omstandigheden waarin dit met de meeste mensen niet zou gebeuren.⁶⁵ Verder merken zij op dat het bewijs dat bepaald materiaal besmet was vaak zeer moeilijk is te leveren, zo niet onmogelijk, en dat het niet redelijk is deze bewijslast op het slachtoffer te leggen.⁶⁶ Tegen het hantieren van een redelijkheidsmaatstaf wordt aangevoerd dat het predispositieelersstuk dan wel erg ver wordt doorgevoerd. Elk verband met een daadwerkelijke gebeurtenis wordt dan losgelaten en met name de gevoeligheid van het slachtoffer voor een bepaalde angst is bepalend voor het ontstaan van een recht op schadevergoeding. Ook wordt opgemerkt dat dergelijk letsel voor de aansprakelijk gestelde partij niet voorzienbaar is, ervan uitgaande dat deze in beginsel mag verwachten dat een slachtoffer over een normale psychische weerstand beschikt.⁶⁷

Naar mijn mening moet het uitgangspunt zijn, ook bij de angst voor AIDS, dat er alleen ruimte is voor werkgeversaansprakelijkheid indien ofwel daadwerkelijke

63 Zoals beschreven in § 12.4.2 werd in dit geval de *physical impact test* gehanteerd, dat wil zeggen dat Marchica aanspraak kon maken op vergoeding van zijn geestelijk letsel omdat tevens sprake was geweest van fysieke aantasting. Zoals ook opgemerkt in § 12.4.2 komen de *actual exposure test* en de benadering op grond van *general reasonableness* pas aan de orde als een vordering tot vergoeding van zuiver psychisch letsel in beginsel mogelijk wordt geacht, dus zonder dat geëist wordt dat tevens sprake is van *physical impact*.

64 Zie bijvoorbeeld de uitspraak in *Faya v. Almaraz*, 620 A2d 327 (Md 1993) waarin een patiënte geopereerd was door een met het HIV-virus besmette chirurg. Deze had daarvan geen melding gemaakt. Onduidelijk is of hij voldoende voorzorgsmaatregelen had getroffen. Zo nee, dan zou hij in elk geval nalatig zijn geweest. Daarmee zou echter niet vaststaan dat Faya in contact was geweest met besmet materiaal. Dit was ook niet meer te bewijzen. Door de rechter werd in dit geval op grond van *general reasonableness* aansprakelijkheid van de (erven van de) chirurg aangenomen.

65 Zie Stolker en Levine, *NJB* 1996, p. 886-889.

66 Zie Stolker en Levine, *NJB* 1996, p. 886, noot 69.

67 Zie voor bespreking van de argumenten pro en contra toepassing van de *actual exposure test* en de *general reasonableness* benadering: Stolker en Levine, *NJB* 1996, p. 882-891 en Santee, *Villanova Law Review* 2001, p. 207-240. De *actual exposure test* wordt in de meerderheid van de Amerikaanse staten – waarin een vordering tot vergoeding van zuiver psychisch letsel überhaupt mogelijk is – toegepast.

blootstelling aan besmet materiaal heeft plaatsgevonden ofwel de omstandigheden waaronder contact met mogelijk besmet materiaal heeft plaatsgevonden zodanig zijn dat sprake is van een redelijke angst voor besmetting. Dit lijkt me bijvoorbeeld niet het geval als een werknemer zich tijdens het schoonmaken van een ziekenhuis prikt aan een injectienaald. In een ziekenhuis wordt namelijk met allerlei soorten naalden gewerkt. Het ligt daarom niet voor de hand dat nu juist die bepaalde naald met het HIV-virus besmet is. Dit kan anders zijn als het gaat om het zich prikken tijdens werkzaamheden op een afdeling waar AIDS-patiënten worden verpleegd. Ook kan er reden zijn voor vrees in geval van het zich prikken aan een weggegooid injectienaald tijdens het schoonmaken van een gedeelte van een station of andere ruimte waar zich veel drugsverslaafden bevinden. Het hangt derhalve in hoge mate van de omstandigheden af of een bepaalde angst redelijk genoemd kan worden. In die zin is er wel iets te zeggen voor de redelijkheidsmaatstaf, zij het dat deze naar mijn mening wel strikt moet worden ingevuld, teneinde te voorkomen dat teveel gewicht wordt gehecht aan de gevoeligheid van een bepaalde werknemer voor een niet reële angst. Ook dient daarbij naar objectieve maatstaven te worden vastgesteld of een bepaalde angst gezien de omstandigheden redelijk is. Vreest een werknemer op ontelijke gronden dat hij besmet is met AIDS, bijvoorbeeld omdat hij als begrafenisondernemer het lichaam van een HIV-positieve dode heeft afgelegd, dan kan zijn angst niet reëel genoemd worden en is er onvoldoende grond voor aansprakelijkheid.⁶⁸ Stolker en Levine merken in dit opzicht op vrees voor AIDS alleen dan redelijk te achten als het HIV-virus door bloed-bloed of bloed-spermacontact in aanraking heeft kunnen komen met lichaamsvloeistoffen van het slachtoffer. Objectief gezien is er volgens hen alleen in die gevallen voldoende grond voor angst om AIDS te krijgen.⁶⁹ Het lijkt me dat dit een redelijk uitgangspunt is voor de beoordeling van angst-voor-AIDS vorderingen.

12.6 Vergoeding van angstschade in een no-fault systeem

Angstschade kan niet alleen aanspraak geven op een vergoeding in geval van foutaansprakelijkheid van de werkgever, maar kan ook grond zijn voor toekenning van een vergoeding op no-fault basis in rechtssystemen waarin met een dergelijk systeem wordt gewerkt. In dat geval is vereist dat vast komt te staan dat de psychische ziekte door de angst om een levensbedreigende of ernstig invaliderende ziekte te krijgen, is ontstaan door het werk en tot arbeidsongeschiktheid

⁶⁸ Dit voorbeeld wordt genoemd door Stolker en Levine, *NJB* 1996, p. 886 en berust op de zaak *Funeral Services by Gregory, Inc. v. Bluefield Community Hospital*, 413 S.E.2d 79 (W.Va. 1991).

⁶⁹ Stolker en Levine, *NJB* 1996, p. 888. In het Amerikaanse recht wordt een dergelijke benadering aangeduid als de *enhanced reasonableness standard*. Zie Santee, *Villanova Law Review* 2001, p. 233 e.v.

HOOFDSTUK 12

heeft geleid. Een uitspraak waarin een dergelijke toetsing plaatsvond, is de in § 12.3 besproken uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, waarin werd nagegaan of de door de ambtenaar gestelde ziekelijke angst daadwerkelijk het gevolg was van het feit dat hij had gehoord dat hij tijdens zijn werkzaamheden mogelijk aan asbest blootgesteld was geweest of dat deze angst veeleer het gevolg was van zijn persoonlijkheidsstructuur. Zoals in § 12.3 besproken, was de rechtbank, op basis van deskundigenrapportages, van mening dat dit tweede het geval was, en dat de causale relatie tussen werk en psychisch letsel onvoldoende was komen vast te staan.⁷⁰ Daarbij lijkt ook van belang te zijn geweest dat de rechtbank het weinig aannemelijk vond dat de ambtenaar een psychiatrisch ziektebeeld had ontwikkeld door het horen van het bericht dat hij meer dan dertig jaar geleden mogelijk aan asbest blootgesteld was geweest. Met andere woorden, de rechtbank vond de angst van de ambtenaar weinig reëel, nu de blootstelling ten eerste niet vaststond en ten tweede, als er al sprake zou zijn geweest van blootstelling, die ver in het verleden zou hebben plaatsgevonden. Deze tweede reden lijkt overigens niet sterk. Psychische klachten zullen namelijk pas ontstaan op het moment dat een ambtenaar/werknemer zich bewust wordt van het feit dat hij mogelijk een levensbedreigende ziekte kan krijgen. Dit moment behoeft niet samen te vallen met de feitelijke blootstelling aan gevaarlijke stoffen.

Het eerste argument is wel reëel. Zolang niet in voldoende mate vaststaat dat sprake is geweest van blootstelling aan asbeststof, is de angst voor een ernstige ziekte niet redelijk. Op dit punt wrekt zich weer het feit dat binnen een no-fault systeem niet goed getoetst kan worden of een angst redelijk is zonder daarbij elementen van foutaansprakelijkheid te betrekken. De toetsing of een angst redelijk is, maakt namelijk deel uit van de vraag naar het bestaan van een tekortkoming van de werkgever of eventueel van de vraag of er grond is voor toerekening van schade als bedoeld in artikel 6:98 BW. Dergelijke vragen behoren in beginsel echter niet tot het terrein van de vergoeding op no-fault basis. Ook binnen een no-fault systeem bestaat echter behoefte aan toetsing of de angst van een werknemer redelijk is te noemen omdat, zonder een dergelijke toetsing, in beginsel elke werknemer die stelt dat hij psychisch ziek is geworden door de angst voor een ziekte, aan de risicofactoren waarvoor hij op het werk blootgesteld is geweest, aanspraak kan maken op een vergoeding. Er is dan namelijk zowel voldaan aan het criterium 'arbeidsongeschiktheid' als aan het criterium 'causale relatie'. Mogelijk is een dergelijke psychische ziekte echter niet zozeer het gevolg van het werk als wel van de persoonlijkheidsstructuur van de werknemer. Of dat het geval is, kan in een zuivere no-fault benadering niet goed onderzocht worden, omdat daarvoor een (zekere) toetsing aan de tekortkoming van de werkgever en/of aan de criteria van artikel 6:98 BW noodzakelijk is.

70 Rb. 's-Gravenhage 30 december 2003, TAR 2004, 34.

De uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage biedt hiervan een mooie illustratie. Uiteindelijk komen er vier deskundigen aan te pas om de vraag te beantwoorden of de psychische klachten van de ambtenaar nu door het werk komen of niet. Deze deskundigen zijn het erover eens dat sprake is van een aanpassingsstoornis, maar verschillen van mening over de vraag of deze nu door het werk komt of niet. Deze vraag lijkt ook niet goed te beantwoorden zonder na te gaan welke gebeurtenis de aanpassingsstoornis al dan niet getriggerd zou moeten hebben en of het redelijk is dat de ambtenaar daardoor ziek is geworden. Daarmee is echter al geen sprake meer van een zuivere no-fault benadering, maar van een toetsing aan elementen van foutaansprakelijkheid.

Eén en ander betekent dat ook bij angstschade, evenals bij shockschade,⁷¹ niet goed beoordeeld kan worden of een werknemer aanspraak kan maken op een vergoeding op no-fault basis zonder daarbij aspecten van foutaansprakelijkheid te betrekken. Natuurlijk kan binnen een no-fault systeem getoetst worden aan foutaansprakelijkheid, bijvoorbeeld door de toets toe te passen waarbij geëist wordt dat sprake moet zijn van buitengewone omstandigheden.⁷² De consequentie daarvan is dan wel dat tegenover een relatief zware toets (aan foutaansprakelijkheid) een relatief lage vergoeding staat (want gebaseerd op no-fault vergoeding).⁷³

12.7 Conclusie

Een werknemer die psychisch ziek is geworden door de angst om een ernstige ziekte te krijgen, kan naar Nederlands aansprakelijkheidsrecht aanspraak maken op schadevergoeding als is voldaan aan de gebruikelijke criteria voor aansprakelijkheid en als zijn angst als redelijk en reëel kan worden aangemerkt. Naar Amerikaans aansprakelijkheidsrecht, voor zover gebaseerd op FELA, is voor aansprakelijkheid voor angstschade vereist dat een werknemer tevens fysiek letsel heeft opgelopen, dat wil zeggen dat voldaan is aan de *physical impact test*. In het algemene aansprakelijkheidsrecht wordt deze eis niet in alle Amerikaanse staten gesteld – wel in een aantal – maar is ook vergoeding mogelijk van zuiver psychisch letsel. Daarbij wordt de aansprakelijkheidsvraag, met name waar het gaat om vorderingen tot vergoeding van de angst voor AIDS, gezet in de sleutel van ofwel de *actual exposure test*, waarbij het slachtoffer bewijs moet leveren van de blootstelling aan gevaarlijke stoffen/materialen, ofwel een benadering op basis van *general reasonableness*, waarbij ook aansprakelijkheid mogelijk is zonder dat de blootstelling zelf is bewezen, maar het slachtoffer kan bewijzen dat een specifieke gebeurtenis, waarbij mogelijk blootstelling heeft plaatsgevonden, redelijker-

71 Zie § 11.4.7.

72 In het Amerikaanse recht aangeduid als de *unusual stress test*.

73 Op deze en daarmee samenhangende vragen zal worden teruggekomen in het slothoofdstuk, § 17.2.

HOOFDSTUK 12

wijs angstschade teweeg heeft kunnen brengen. In het Engelse recht is aan de vergoeding van angstschade nog relatief weinig aandacht besteed, zodat nog niet duidelijk is welke criteria in dit opzicht worden gehanteerd.

De *physical impact test* verdient naar mijn mening geen navolging in het Nederlandse recht, vanwege het arbitraire karakter van deze toets en omdat deze toets ten onrechte is gebaseerd op het uitgangspunt dat psychisch letsel als schade-soort minder ernstig is dan fysiek letsel en daarom alleen voor vergoeding in aanmerking kan komen als tevens sprake is van fysiek letsel. Wel dient ook in het Nederlandse recht een zekere afbakening plaats te vinden van de kring van gerechtigden tot vergoeding van angstschade teneinde te voorkomen dat elke werknemer die is blootgesteld aan gevaarlijke stoffen of materialen en die aanne-melijk weet te maken dat hij inderdaad psychisch ziek is, aanspraak kan maken op schadevergoeding. Deze afbakening kan worden gemaakt door te eisen dat sprake is van een reële of redelijke angst. Kort gezegd betekent dit dat de angst betrekking moet hebben op een levensbedreigende of ernstig invaliderende ziekte, dat er een reële kans moet bestaan – die moet worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval – op het ontstaan van die ziekte en dat ofwel blootstelling aan gevaarlijke stoffen moet worden bewezen ofwel, als dat niet mogelijk is, dat een werknemer naar objectieve maatstaven mag vrezen aan bepaalde stoffen/materialen te zijn blootgesteld.

Ook indien binnen een no-fault systeem vergoeding van angstschade wordt gevorderd, dient te worden nagegaan of de angst reëel of redelijk is te noemen. Dit is mogelijk door toepassing van de *unusual stress test*, dat wil zeggen door te eisen dat van buitengewone omstandigheden sprake is. Dat dit het geval is, kan dan worden aangenomen indien de psychische ziekte van de werknemer is veroorzaakt door een gebeurtenis die bij hem redelijkerwijs hevige angst voor een levensbedreigende of ernstig invaliderende ziekte heeft kunnen veroorzaken.

13. Psychisch letsel als gevolg van overbelasting

13.1 Inleiding en plan van behandeling

De meeste publicaties en onderzoeken die in de laatste jaren zijn gedaan naar psychisch letsel op het werk hebben betrekking op ziektebeelden als oververmoeidheid, overspannenheid en burn-out, en op oorzaken als stress, overbelasting en werkdruk. Omdat deze begrippen in verschillende contexten worden gebruikt en sommige ervan, zoals stress, worden gebruikt om zowel de oorzaak van psychische klachten als het gevolg ervan te omschrijven, is niet steeds helder wat waarmee wordt bedoeld. Een veelgebruikte definitie is die van het Europese agentschap voor gezondheid en veiligheid op het werk.¹ In deze definitie wordt van *stress* gesproken als er een discrepantie bestaat tussen de capaciteiten van een werknemer en de eisen die de werkomgeving aan hem stelt. De FNV hanteert een iets beperktere definitie van stress, namelijk "de tijdelijke en/of blijvende fysieke en psychische reactie van een menselijk lichaam op taakeisen die te zwaar zijn om ze binnen de gestelde voorwaarden naar behoren te kunnen vervullen."² Stress wordt veroorzaakt door deze taakeisen en veroorzaakt op zijn beurt weer geestelijk en/of lichamelijk letsel. Onder de taakeisen wordt niet alleen verstaan een te hoge werkdruk en/of te zware en moeilijke taken, maar ook het functioneren in een werkomgeving waarin sprake is van pesten of seksuele intimidatie, het moeilijk kunnen combineren van arbeid en zorg vanwege de eisen die het werk stelt etc. Stress is dan het gevolg van deze werkomstandigheden en vormt op zijn beurt de oorzaak van psychische en fysieke reacties daarop.

Een te grote hoeveelheid stress kan tot overspannenheid of surmenage leiden,³ en in ernstiger gevallen, tot burn-out. Burn-out is een diagnose die is ontwikkeld in de arbeids- en organisatiepsychologie. Burn-out komt niet voor in de internationale classificatiesystemen van psychiatrische ziekten zoals de DSM-IV en de ICD-10. Een psychiater of een klinisch psycholoog zou de klachten die gepaard gaan met een burn-out wellicht duiden als een depressie of een aanpassingsstoornis.

-
- 1 Europees Agentschap voor veiligheid en gezondheid op het werk, *Arbeidsgebonden stress, samenvatting van een rapport van het Europees Agentschap voor de veiligheid en de gezondheid op het werk*, juni 2000. Zie <http://agency.osha.eu.int/publications/factsheets/8/nl/index.htm>, 13 augustus 2004. Het betreft hier de Europese lidstaten die al lid waren vóór 2004.
 - 2 Vincent Vrooland, *De stress te lijf*, FNV-brochure, Amsterdam 1998, p. 6. Vergelijkbare definities zijn te vinden in het rapport genoemd in noot 1 en in een uitgave van de Engelse overheidsinstantie HSE, Health and Safety Executive, *Work-related stress, a short guide*, <http://www.hse.gov.uk/pubns/indg281.pdf>, 15 augustus 2004, p. 1.
 - 3 De begrippen overspannenheid en surmenage betekenen hetzelfde.

HOOFDSTUK 13

De symptomen van een burn-out, zoals uitputting, verminderde bekwaamheid en een gevoel van afstand, doen zich namelijk ook frequent voor bij een depressie of een aanpassingsstoornis.⁴ Depressie en aanpassingsstoornis zijn wel erkende psychiatrische ziekten.

Sinds 1998 wordt burn-out als beroepsziekte erkend door het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB).⁵ Van burn-out wordt gesproken bij werknemers die al meer dan een jaar klagen over emotionele uitputting, een verminderd gevoel van competentie en distantie ten opzichte van het werk.⁶ Burn-out is daarmee, vanwege de relatie met het werk, per definitie een beroepsziekte. Vergelijkbare klachten als hier genoemd kunnen echter ook door privé-omstandigheden ontstaan, bijvoorbeeld door het langdurig zorgen voor een zieke of stervende en de daarmee gepaard gaande (over)belasting. Van overspannenheid of surmenage wordt gesproken indien zich vergelijkbare klachten voordoen als bij burn-out, maar de duur ervan korter is dan een jaar. Ook wordt het begrip overspannenheid gebruikt in gevallen waarin sprake is van psychische klachten in reactie op een meer acute, in plaats van langdurige, stressvolle omstandigheid op het werk.⁷ Het belangrijkste verschil tussen overspannenheid/surmenage en burn-out is dat een werknemer van overspannenheid tamelijk snel kan herstellen. De meeste mensen van wie is vastgesteld dat ze overspannen zijn, zijn binnen drie maanden weer aan het werk met uitschieters tot een half jaar.⁸ Bij burn-out is de uitputting zodanig dat sprake is van een langdurig proces gepaard gaande met chronisch disfunctioneren.⁹

In het vervolg van dit hoofdstuk zal, omwille van het gemak, veelal worden gesproken van burn-out, als zijnde de vorm van psychisch letsel die het typische gevolg is of kan zijn van langdurige overbelasting, te hoge werkdruk etc.. Daarbij dient evenwel niet vergeten te worden dat in voorkomende gevallen een te grote belasting op het werk ook tot andere ziekten kan leiden, zoals overspannenheid, depressie of een aanpassingsstoornis. Om die reden zal ook wel meer in het algemeen worden gesproken over psychisch letsel als gevolg van overbelasting, of

4 Zie R.W.B. Blonk, "Psychische klachten en arbeid" in *Werkgeversaansprakelijkheid voor psychisch letsel*, KSU Studie, 24 april 2003. Zie voor de begrippen depressieve stoornis en aanpassingsstoornis § 2.5.4 en § 2.5.5.

5 Als één van de twee arbeidsgebonden psychische aandoeningen, naast de posttraumatische stress stoornis. Zie nader registratierichtlijn E002: <http://www.beroepsziekten.nl/datafiles/E002%20burnout%20overspanning.pdf>, 15 augustus 2004.

6 Zie ook B. Sorgdrager, "Psychische beroepsziekten hoeven niet tot blijvende schade te leiden", *TVP* 2003, p. 17.

7 Zie: <http://www.beroepsziekten.nl/datafiles/E002%20burnout%20overspanning.pdf>, p. 1, 15 augustus 2004.

8 <http://www.burnin.nl/>, 14 september 2004.

9 <http://www.burnin.nl/>, 14 september 2004.

nog korter, van stressschade. Het begrip 'stress' zelf zal weinig gebruikt worden, nu stress in de regel wordt gezien als een tussenschakel tussen de ziekmakende omstandigheden op het werk en de burn-out of andere ziekte. Een werkgever kan ook niet aansprakelijk worden gesteld voor stress, maar alleen voor de gevolgen daarvan in de vorm van een psychische of lichamelijke ziekte.

De aandacht zal in dit hoofdstuk met name uitgaan naar burn-out of andere psychische ziekten als gevolg van overbelasting, een te hoge werkdruk etc. en niet naar ziekte als gevolg van onderbelasting, pesten, seksuele intimidatie enz. Seksuele intimidatie en pesten komen in de hoofdstukken 14 en 15 aan de orde. Op ziekte als gevolg van onderbelasting zal niet expliciet worden ingegaan, omdat de aandacht hiervoor, in elk geval in de rechtswetenschap, nog gering is. Ook in de regelgeving en in overheidspublicaties over burn-out, overspannenheid en dergelijke wordt met name een te hoge werkdruk als probleem genoemd en niet zozeer onderbelasting.¹⁰

Indien een burn-out is ontstaan in de uitoefening van de werkzaamheden, is het denkbaar dat de werkgever voor de schade als gevolg hiervan aansprakelijk gesteld wordt. Daarbij doet zich de vraag voor die eerder ook al is gesteld ten aanzien van de vergoeding van shockschade en angstschade,¹¹ namelijk of aansprakelijkheid op dezelfde wijze beoordeeld moet worden als bij lichamelijk letsel, of dat, nu het gaat om zuiver psychisch letsel, aanvullende vereisten moeten worden gesteld. In dat verband kan gedacht worden aan criteria als *physical impact* of het verkeerd hebben in de *physical zone of danger*, zoals die bijvoorbeeld in het Engelse en Amerikaanse recht worden gehanteerd.¹² Deze vraag zal worden besproken in § 13.3.

Indien het uitgangspunt is dat eventuele aansprakelijkheid voor burn-out moet worden beoordeeld aan de hand van de gebruikelijke criteria voor aansprakelijkheid, zal moeten worden vastgesteld wanneer de werkgever gehouden is om maatregelen te nemen ter voorkoming van burn-out van een werknemer. Op deze vraag zal in § 13.4 en § 13.5 worden ingegaan. Verder zal in § 13.5 kort aandacht worden besteed aan de discussie omtrent de toepassing van artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW als basis voor aansprakelijkheid voor burn-out.

Vergoeding van burn-out kan ook plaatsvinden op no-fault basis. Daarbij rijzen specifieke problemen als gevolg van het feit dat de vraag of aan een werknemer

10 In de Arboconvenanten die het ministerie van SZW met organisaties van werkgevers en werknemers afsluit, wordt bijvoorbeeld vrijwel steeds afgesproken dat de werkdruk met een bepaald percentage naar beneden moet. Over onderbelasting wordt in deze convenanten niet gesproken. Ook in de meeste andere publicaties is dit niet het geval. Zie verder § 2.2 tot en met § 2.4.

11 Zie § 11.4.6 en § 12.5.1.

12 Zie hierover met betrekking tot shockschade § 11.3.3, 11.4.3 en 11.4.4 en met betrekking tot angstschade § 12.4.

HOOFDSTUK 13

een vergoeding op no-fault basis toekomt niet goed beantwoord kan worden zonder daarbij elementen van foutaansprakelijkheid te betrekken. Deze problematiek zal, voor zover van belang voor de vergoeding van burn-out, worden besproken in § 13.6. Allereerst zal ik echter, in § 13.2, enige achtergrondinformatie geven over de schaal waarop burn-out en vergelijkbare ziekten voorkomen en over de risicogroepen en de risicofactoren voor het krijgen van deze ziekten.

13.2 Cijfers en achtergronden

Blijkens onderzoek uit 2000 lijdt 4 tot 4,2% van de beroepsbevolking aan een burn-out, terwijl 16,1 tot 22% een verhoogd risico loopt op het ontstaan ervan.¹³ In 2000 werd ongeveer 1/3^e van het totaal aantal WAO-uitkeringen verstrekt wegens psychische klachten. Het grootste deel daarvan betrof overspannenheid, subklinische depressie en burn-out.¹⁴ In 2002 had iets minder dan 35% van de nieuwe WAO-ers de diagnose psychische klachten als (hoofd)diagnose,¹⁵ in 2003 ruim 34%¹⁶ en in 2004 circa 32%.¹⁷ In de meeste gevallen hadden de klachten betrekking op verschillende vormen van depressiviteit of een aanpassingsstoornis. Veel van deze klachten waren werkgerelateerd.¹⁸ Blijkens cijfers van het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten had in 2002 21,7% van de meldingen van beroepsziekten betrekking op psychische ziekten (tegen 27,1% in 2001). Meer dan 80% daarvan betrof ziekten als burn-out en overspannenheid.¹⁹ In 2003 had 23,5% van de meldingen betrekking op psychische aandoeningen en betrof 83% daarvan overspannenheid en burn-out.²⁰

-
- 13 I. Houtman, W. Schaufeli, T. Taris (red.), *Psychische vermoeidheid en werk: Cijfers, trends en analyses*, NWO/Samson 2000 (Project 'Psychische Vermoeidheid in de Arbeidssituatie'). Zie met name het inleidend hoofdstuk en hoofdstuk 3 over burnout.
 - 14 Zie Houtman, Schaufeli, Taris, 2000. Zie met name hoofdstuk 1 "Psychische vermoeidheid en werk".
 - 15 Ministerie van SZW, *Arbobalans 2002*, Den Haag 2002, p. 39.
 - 16 Ministerie van SZW, *Arbobalans 2004*, Den Haag 2004, p. 23.
 - 17 Zie het eindrapport "Een gebroken been is toch gemakkelijker", commissie Psychische Problematiek (subcommissie van Commissie Het Werkend Perspectief), p. 47. Zie <http://www.werkendperspectief.nl/Documents/Evaluatie%20rapport%20-%20Een%20gebroken%20been.pdf>, 20 februari 2005.
 - 18 Ministerie van SZW, *Arbobalans 2002*, Den Haag 2002, p. 39 en *Arbobalans 2004*, p. 23.
 - 19 NCvB, *Signaleringsrapport 2003*, Amsterdam 2003. Zie ook <http://www.beroepsziekten.nl/>, 14 september 2004.
 - 20 NCvB, *Signaleringsrapport 2004*, Amsterdam 2004, p. 33-34. Zie ook <http://www.beroepsziekten.nl/>, 21 november 2004.

Risicogroepen voor burn-out zijn, blijkens verschillende Nederlandse onderzoeken, met name werknemers in het onderwijs en de gezondheidszorg.²¹ Meer specifiek gaat het daarbij om leraren en werknemers in medische beroepen met een lage drempel voor patiënten, zoals huisartsen, arbo-artsen, en verloskundigen.²² Ook worden de sectoren openbaar bestuur, bouw, vervoer & opslag & communicatie, en financiële instellingen genoemd als risicosectoren.²³ Alleenstaanden lijken een hoger risico op burn-out te lopen dan gehuwden/samenwonenden.²⁴ Voor wat betreft de leeftijd springt er niet één groep duidelijk uit. Bij het Bureau Beroepsziekten van de FNV melden zich veel werknemers tussen de 40 en 50 jaar oud met burn-out klachten.²⁵ Uit de WAO-gegevens is bekend dat het relatief veel jonge vrouwen zijn die uitvallen wegens psychische klachten.²⁶ Als risicofactoren voor burn-out en/of overspannenheid worden in de literatuur met name de volgende factoren genoemd:

1. hoge emotionele taakeisen, bijvoorbeeld lastige patiënten, klagende klanten enz.;
2. te hoge werkdruk, dus het moeten verrichten van teveel taken in te weinig tijd;
3. te weinig regelmogelijkheden, dus te weinig mogelijkheden om zelf het werk in te delen;
4. werk-thuis inferentie, dat wil zeggen thuis piekeren over het werk en vice versa;

-
- 21 Blijkens de Arbobalans 2004 is de behoefte aan maatregelen ter beteugeling van de werkdruk in deze twee sectoren het grootst. Overigens vindt 52% van alle werknemers het nodig dat hun werkgever (aanvullende) werkdrukmaatregelen treft, terwijl 13% dit zeer nodig vindt. Werkdruk en werkstress is daarmee het meest genoemde arbeidsrisico waartegen maatregelen moeten worden genomen. Zie de *Arbobalans 2004*, Den Haag 2004, p. 38.
- 22 Houtman, Schaufeli, Taris, 2000, p. 13. Zie ook NCvB, *Signaleringsrapport 2003*, p. 33 en NCvB, *Signaleringsrapport 2004*, p. 34.
- 23 NCvB, *Signaleringsrapport 2003*, p. 33 en *Signaleringsrapport 2004*, p. 34. De sector financiële instellingen wordt voor het eerst in het rapport over 2004 genoemd. Daarbij wordt opgemerkt dat het aantal meldingen vanuit die sector sterk is gestegen. Zie over de sector bouw ook het Bureau Beroepsziekten van de FNV: <http://www.bbzfnnv.nl/infuitvbouw.html>, 14 september 2004. In de Arbobalans 2004 wordt de sector openbaar bestuur ook genoemd als sector waar relatief veel werknemers uitvallen wegens een te zware psychosociale arbeidsbelasting (niet zijnde ongewenste omgangsvormen).
- 24 Houtman, Schaufeli, Taris, 2000, p. 13.
- 25 Deze werknemers zijn volgens de FNV vooral afkomstig uit de dienstverlening, zorgsector, onderwijs en bouw. Zie <http://www.bbzfnnv.nl/burnout-art.html>, 14 september 2004.
- 26 Ministerie van SZW, *Arbobalans 2002*, Den Haag 2002, figuur 27. Zie ook *Arbobalans 2004*, p. 23.

HOOFDSTUK 13

5. een gebrek aan sociale ondersteuning, bijvoorbeeld van collega's en/of leidinggevenden op het werk;
6. te weinig ontplooiingsmogelijkheden op het werk.

De eerste vier factoren worden in de psychologisch/sociologische literatuur omschreven als werkstressoren, dat wil zeggen omstandigheden die een aanslag doen op de energiereserves van een werknemer en daardoor tot uitputting leiden. De twee laatste factoren geven een gebrek aan energiebronnen met als gevolg aantasting van de motivatie van de werknemer en ondermijning van zijn betrokkenheid bij het werk.²⁷

Voor de toename van werknemers met burn-out worden verschillende verklaringen gegeven. Een veelgehoorde verklaring is dat het werken onder tijdsdruk sterk is toegenomen.²⁸ Daarnaast wordt vaak aangevoerd dat in de huidige tijd veel meer met informatie wordt gewerkt, hetgeen tot een grotere psychische belasting heeft geleid en dat er steeds meer beroepen zijn ontstaan waarin met andere mensen moet worden samengewerkt, waardoor een groter beroep dan voorheen wordt gedaan op sociale vaardigheden.²⁹ Andere verklaringen zijn dat werk is geïntensiveerd (er moet meer in een uur dan vroeger en bovendien vaak met minder mensen) en dat een groot deel van het bedrijfsleven zich in een min of meer permanent proces van reorganisatie en herstructurering bevindt, hetgeen de nodige spanningen veroorzaakt.³⁰

27 Houtman, Schaufeli, Taris, 2000, p. 70. Zie ook het Bureau Beroepsziekten van de FNV dat als risicofactoren noemt: een hoge werkdruk, weinig regelmogelijkheden, grote mentale en fysieke belasting, weinig sociale ondersteuning door de leiding, weinig tot geen instructie en werkoverleg, veelal geen functieprofiel aanwezig, afwezigheid van functioneringsgesprekken: Zie <http://www.bbzfnn.nl/burnoutart.html>, 14 september 2004. Het NCvB noemt in haar signaleringsrapport 2004, p. 36, naast werkdruk, met name onzekerheden over de toekomst en gebrek aan sociale ondersteuning als risicofactoren. Een gebrek aan regelmogelijkheden wordt volgens de CRvB niet vaak genoemd als oorzaak van burn-out en overspannenheid.

28 Vanaf 1998 ligt het aantal werknemers dat aangeeft onder een hoge tijdsdruk te moeten werken rond de 33%, terwijl iets meer dan 40% van het aantal werknemers aangeeft in een hoog tempo te moeten werken. Zie voor verdere details en vindplaatsen § 1.1.2.

29 <http://www.burnout.nl/stress1.html>, 14 september 2004.

30 Zie verder § 1.1.2.

13.3 Criteria voor foutaansprakelijkheid voor psychisch letsel door overbelasting

13.3.1 Aanvullende criteria voor aansprakelijkheid: rechtsvergelijkend overzicht

In hoofdstuk 11 en 12 is aan de orde gekomen dat naar Amerikaans recht voor de vergoeding van angstschade en shockschade als voorwaarde wordt gesteld dat een werknemer fysiek geraakt is dan wel fysiek in gevaar heeft verkeerd, alvorens hij aanspraak kan maken op vergoeding van psychisch letsel. Deze voorwaarde geldt in het Amerikaanse recht ook voor psychisch letsel als gevolg van overbelasting, zo blijkt uit de uitspraak van het *Supreme Court* in de gevoegd behandelde zaken van *Consolidated Rail Corporation v. Gotshall* en *Carlisle v. Consolidated Rail Corporation* (ook wel simpelweg aangeduid als 'Gotshall').³¹ De zaak *Carlisle* had betrekking op psychisch letsel als gevolg van overbelasting. Werknemer Carlisle was ziek geworden doordat hij onder een steeds hogere werkdruk moest werken en steeds langere dagen moest maken en hem voorts te weinig middelen ter beschikking werden gesteld om zijn verantwoordelijke functie – het zorgen voor veilig en tijdig vervoer per trein van passagiers en goederen – naar behoren te kunnen vervullen. Het federale hof had geoordeeld dat de werkgever aansprakelijk was voor de ziekte van Carlisle, omdat diens ziekte voorzienbaar was en er bovendien sprake was van reële gezondheidsklachten. Het *Supreme Court* wees de vordering van Carlisle echter af omdat psychisch letsel volgens het *Supreme Court* alleen dan voor vergoeding in aanmerking komt als de betrokken werknemer tevens fysiek in gevaar heeft verkeerd. Duidelijk was, aldus het *Supreme Court*, dat dit bij Carlisle niet het geval was.

Eén en ander betekent dat burn-out en vergelijkbare ziekten naar Amerikaans aansprakelijkheidsrecht nimmer aanspraak geven op schadevergoeding.³² Burn-out is namelijk primair een psychische ziekte. Weliswaar kan deze ziekte ook lichamelijke effecten hebben, maar dat is blijkens de rechtspraak van het *Supreme Court* onvoldoende om te kunnen aannemen dat sprake is van *physical impact*. Er moet sprake zijn van een lichamelijke verwonding die rechtstreeks het gevolg is van een tekortkoming van de werkgever en niet van lichamenlijk letsel dat samenhangt met een psychische ziekte.

In de literatuur is naar aanleiding van de uitspraak in *Gotshall and Carlisle* opgemerkt dat deze niet geschikt is om werkgevers te stimuleren om de arbeidsomstandigheden te verbeteren. Een werkgever hoeft op basis van de uitspraak

31 *Consolidated Rail Corporation v. Gotshall*, 114 Supreme Court 2396, 129 L. Ed. 2d 427 (1994).

32 In extreme gevallen is wellicht een beroep mogelijk op de *tort of IIED*. In de regel zal bij overbelasting echter niet voldaan zijn aan het vereiste dat sprake moet zijn van *outrageous* gedrag van de werkgever, zodat de *tort of IIED* weinig soelaas biedt. Zie verder § 9.4.

HOOFDSTUK 13

immers alleen voor aansprakelijkheid te vrezen in geval van fysiek gevaar. Aangezien hiervan bij ziekten als burn-out meestal geen sprake is, betekent dit dat een werkgever vanuit aansprakelijkheidsoogpunt geen maatregelen hoeft te treffen om overbelasting te voorkomen.³³ Er zijn echter ook schrijvers die de benadering van het *Supreme Court* onderschrijven omdat ze vinden dat toetsing aan het voorzienbaarheidsvereiste teveel onzekerheid met zich zou brengen, met name omdat het vanwege verschillen in belastbaarheid tussen werknemers onderling moeilijk zou zijn om vast te stellen wanneer psychisch letsel en wanneer dit niet voorzienbaar is.³⁴

In het Engelse recht wordt het vereiste van de *physical zone of danger* alleen in shockschade-zaken toegepast³⁵ en niet in zaken waarin de zorgplicht van de werkgever ter voorkoming van overbelasting centraal staat. Er zijn inmiddels verschillende uitspraken, waaronder een uitspraak van het *House of Lords*,³⁶ waarin de vraag naar de aansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel als gevolg van overbelasting is beantwoord op basis van de arbeidsrechtelijke zorgplicht van de werkgever voor de gezondheid en de veiligheid van zijn werknemers, zonder dat daarbij is getoetst of tevens sprake was van fysiek letsel.³⁷ Het belangrijkste criterium in die zaken was of het psychisch letsel voor de werkgever voorzienbaar was en of hij gehouden was om maatregelen te nemen om het ontstaan van dit letsel te voorkomen.

In het Nederlandse recht wordt een vergelijkbare toets toegepast. In de zaak ABN AMRO/Nieuwenhuys³⁸ oordeelde de Hoge Raad dat een werkgever aansprakelijk kan zijn voor psychisch letsel als gevolg van overbelasting van een werknemer als hem een tekortschieten in zijn zorgplicht jegens deze werknemer kan worden verweten. Daarvoor is niet vereist dat tevens fysiek gevaar heeft bestaan. Voor aansprakelijkheid kan ook ruimte zijn, zo blijkt uit dit arrest, indien alleen zuiver psychisch letsel is geleden.³⁹ Eerder al had de Hoge Raad aansprakelijk-

33 Christopher M. Shields, "Carlisle v. Consolidated Rail Corp. and Justice Ginsburg's Dissent: Striking an Equitable Compromise between the Interests of Labor and Management regarding FELA Liability for Work-related Stress", 39 *Villanova Law Review* 197, 1994. Zie ook Edmund C. Baird, "No Pain, No Gain: The Third Circuit's 'Sufficient Indicia of Genuineness' Approach to Claims of Negligent Infliction of Emotional Distress under the Federal Employers' Liability Act", *Washington University Law Quarterly* 1993, p. 1255-1268.

34 Zie Alan C. Buckner, "Consolidated Rail Corp. v. Gottshall: 'Closing the Door' on FELA Claims for Negligent Infliction of Emotional Distress by Limiting Recovery to the 'Zone of Danger'", 31 *Tulsa Law Journal* 161, 1995.

35 Zie § 11.3.3.

36 *Barber v Somerset County Council* [2004] 2 All ER 835.

37 Zie verder § 13.4.3.

38 HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84; *RvdW* 2005, 37.

39 De Hoge Raad vernietigde overigens op grond van motiveringsklachten het arrest van het hof waarin aansprakelijkheid van de werkgever was aangenomen. Zie voor een inhoudelijke bespreking van dit arrest § 13.4.2.

heid aangenomen voor psychisch letsel van een werknemer dat het gevolg was van kritiek op zijn functioneren en het niet meedelen van de redenen daarvoor (Nuts/Hofman).⁴⁰ Ook daarbij werd niet de eis gesteld dat tevens sprake moest zijn van fysiek letsel. In het Kindertaxi-arrest⁴¹ heeft de Hoge Raad het criterium van de fysieke gevarenzone bovendien uitdrukkelijk verworpen. Ook in de lagere rechtspraak wordt de aansprakelijkheid van de werkgever voor burn-out en vergelijkbare ziekten beoordeeld op basis van de gebruikelijke criteria voor aansprakelijkheid en worden daarbij geen aanvullende vereisten gesteld die niet ook gelden voor fysiek letsel.⁴²

Tenslotte wordt ook in het Duitse recht, voor zover daarin überhaupt de mogelijkheid bestaat voor het aannemen van foutaansprakelijkheid van de werkgever buiten de verplichte ongevallenverzekering (het SGB) om, aangenomen dat getoetst moet worden aan de arbeidsrechtelijke zorgplicht van de werkgever en niet (ook) aan criteria uit het algemene aansprakelijkheidsrecht zoals de *physical zone of danger* of het criterium van *physical impact*.

13.3.2 Aanvullende criteria voor aansprakelijkheid: eigen opvatting

Naar mijn mening verdient de wijze waarop in het Nederlandse, Engelse en Duitse recht wordt beoordeeld of een werkgever aansprakelijk is voor psychisch letsel als gevolg van overbelasting van een werknemer de voorkeur boven de Amerikaanse benadering. Zoals ik al eerder aangaf, in § 11.4.6 en § 12.5.1, zie ik weinig heil in het als voorwaarde voor de vergoeding van psychisch letsel stellen dat tevens sprake moet zijn van fysiek letsel of van gevaar voor fysiek letsel. Deze voorwaarde impliceert dat een helder onderscheid valt te maken tussen fysieke en psychische ziekten, terwijl uit de medische literatuur blijkt dat een dergelijk onderscheid moeilijk valt vol te houden.⁴³ Bovendien gaat de benadering waarbij psychisch letsel alleen recht geeft op schadevergoeding als tevens sprake is van fysiek letsel uit van de, mijns inziens onterechte, vooronderstelling dat psychisch letsel per definitie minder ernstig is dan fysiek letsel. Het gevolg van deze benadering is ook dat een werkgever niet gestimuleerd wordt om maatregelen te nemen ter voorkoming van burn-out en vergelijkbare ziekten, nu op het niet nemen daarvan geen civielrechtelijke sanctie staat.⁴⁴ Toepassing van de *physical*

40 HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667 (Nuts/Hofman).

41 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240.

42 Zie verder § 13.4.2.

43 Zie N.J. Mullany and P.R. Handford, *Tort Liability for Psychiatric Damage*, Londen 1993, p. 27-28 en de daar genoemde verwijzingen.

44 Mogelijk bestaan er publiekrechtelijke of strafrechtelijke sancties op het niet volgen van voorschriften ter voorkoming van burn-out, maar de werking van dergelijke sancties is vaak minder goed omdat het de publiekrechtelijke of strafrechtelijke autoriteiten veelal ontbreekt aan de tijd en middelen om effectief te controleren op het naleven van deze voorschriften.

HOOFDSTUK 13

impact test of de *physical zone of danger test* is bij burn-out ook niet noodzakelijk ter afbakening van het beschermingsbereik van de kring van gerechtigden tot schadevergoeding, zoals volgens sommige schrijvers wel het geval is bij shockschade,⁴⁵ omdat bij psychische ziekten als gevolg van overbelasting zich niet de situatie voordoet waarin een potentieel grote groep claimanten vergoeding van schade kan vorderen die is ontstaan door één bepaalde gebeurtenis. Bij burn-out is steeds sprake van één werknemer die ziek wordt door omstandigheden die zich specifiek in zijn situatie voordoen. Hooguit kunnen zich nog enkele collega's in een vergelijkbare situatie bevinden, maar van een potentieel grote groep werknemers die door één bepaalde gebeurtenis psychisch ziek worden, zal geen sprake zijn. De afbakening tussen die werknemers die wel en die werknemers die geen aanspraak kunnen maken op de vergoeding van psychisch letsel als gevolg van overbelasting kan daarom gemaakt worden op basis van de gebruikelijke criteria voor aansprakelijkheid, waarbij, zoals in de volgende paragraaf zal worden toegelicht, met name betekenis toekomt aan de invulling van de zorgplicht van de werkgever.

13.4 Zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting: rechtsvergelijkend overzicht

13.4.1 Uitwerking vraagstelling

De invulling van de zorgplicht van de werkgever ter voorkoming van stressschade kan zowel geschieden aan de hand van geschreven als aan de hand van ongeschreven normen. Zoals in § 2.2 en § 2.3 reeds is besproken, kennen het Nederlandse, Engelse, Duitse en Amerikaanse recht geen wettelijke normen die specifiek strekken ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting. Wel zijn er verschillende meer algemene normen vastgelegd in publicaties van overheidsinstanties die toezien op de naleving van de arbeidsomstandighedenregeling, zoals de Nederlandse Arbeidsinspectie en de Engelse *Health and Safety Executive* (HSE), in afspraken tussen de overheid en sociale partners (Arboconvenanten), en in collectieve arbeidsovereenkomsten. Deze normen zijn echter zodanig algemeen dat in een concrete casus nadere uitwerking ervan aan de hand van het ongeschreven recht noodzakelijk is. In deze paragraaf zal worden beschreven hoe deze uitwerking geschiedt in het Nederlandse, Engelse, Duitse en Amerikaanse recht.

Indien, zoals hiervoor aangegeven in § 13.3, voor het aannemen van een zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting niet bepalend is of een werknemer tevens fysiek in gevaar heeft verkeer, maar of het psychisch let-

45 Zie § 11.4.6.

sel voor de werkgever voorzienbaar dan wel kenbaar⁴⁶ was en of hij gehouden was om maatregelen te nemen om het ontstaan van dit letsel te voorkomen, zal in de eerste plaats moeten worden vastgesteld wanneer sprake is van een kenbaar risico op psychisch letsel door overbelasting. Ook de eventuele onoplettendheid van de werknemer kan daarbij een rol spelen. Wordt geconcludeerd dat sprake is van een kenbaar risico, dan moet vervolgens worden nagegaan of de werkgever gehouden is om maatregelen te nemen om verwezenlijking van dit risico te voorkomen, en, zo ja, welke maatregelen dit moeten zijn. Deze aspecten – kenbaarheid risico, onoplettendheid werknemer, te nemen maatregelen – zullen in deze en de volgende paragraaf aan een nader onderzoek worden onderworpen aan de hand van een bespreking van de Nederlandse, Engelse, Duitse en Amerikaanse rechtspraak en literatuur. Verder zal, zoals reeds aangekondigd, kort worden ingegaan op de discussie in het Nederlandse recht over de toepassing van artikel 7:658 BW of 7:611 BW, voor zover relevant voor de aansprakelijkheid voor burn-out.

13.4.2 Zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting naar Nederlands recht

Aansprakelijkheidsrecht

Eind 2002 werd Nederland opgeschrikt door de krantenkop "Burn-outslachtoffer krijgt 80 mille."⁴⁷ Deze kop had betrekking op een zaak waarin door het Bureau Beroepsziekten van de FNV namens een werkneemster een schikking was getroffen met haar werkgever/diens verzekeraar, waarbij aan de werkneemster, die arbeidsongeschikt was geworden door burn-out klachten, een schadevergoeding van € 80.000,- was toegekend. De bewuste werkneemster, medewerkster inkoop bij een groot bedrijf, had ongeveer 600 uur per jaar overgewerkt (in sommige maanden meer dan 100 uur) en had, toen zij was uitgevallen vanwege oververmoeidheid en een dubbele longontsteking, dikke stapels post thuis gestuurd gekregen die zij moest verwerken. Zij had op meerdere momenten aangegeven dat de werkdruk veel te hoog was, maar had geen gehoor gekregen voor haar klachten, anders dan dat tegen haar gezegd was dat zij meer afstand moest nemen van het werk. Uiteindelijk raakte zij langdurig arbeidsongeschikt. Naar verluid was de werkelijke schade veel groter dan € 80.000,- maar heeft de werkneemster met het bedrag ingestemd teneinde langdurige procedures te voorkomen.⁴⁸

46 De begrippen 'voorzienbaar' en 'kenbaar' worden in dit hoofdstuk in dezelfde betekenis gebruikt.

47 NRC 10 oktober 2002. In andere kranten zijn vergelijkbare artikelen verschenen.

48 Blijkens inlichtingen van het Bureau Beroepsziekten FNV.

HOOFDSTUK 13

In deze zaak was geen uitspraak gedaan door de rechter, maar was door partijen een schikking getroffen. De zaak heeft de aansprakelijkheid voor burn-out wel op de kaart gezet – waarschijnlijk in combinatie met diverse publicaties daarover in diezelfde periode⁴⁹ – want vanaf ongeveer 2002/2003 zijn er in de rechtspraak verschillende uitspraken te vinden over de aansprakelijkheid van de werkgever voor stressschade. Aanvankelijk ging het daarbij steeds om uitspraken van lagere rechters, maar in maart 2005 heeft ook de Hoge Raad zich over de materie gebogen.⁵⁰ De casus die aan de Hoge Raad werd voorgelegd, betrof een werknemer, Nieuwenhuys, die van medio 1969 tot 1 november 1997, de datum waarop hij met de VUT ging, in dienst was geweest van de ABN AMRO Bank, laatstelijk als *first vice president international private banking* te Genève. Medio 1994 verzocht Nieuwenhuys ook al eens om met de VUT te mogen gaan omdat hij merkte dat zijn geestelijke weerstand minder werd, maar dat verzoek werd toen afgewezen. In augustus 1996 wordt Nieuwenhuys arbeidsongeschikt. In een medische rapportage die in die maand op verzoek van de bedrijfsarts door een psychiater en een psycholoog wordt opgemaakt, wordt aangegeven dat Nieuwenhuys “ernstige lichamelijke signalen (heeft) gekregen, die ook te duiden zijn als een atypische stressreactie; verergering van atypische migraine, verergering van de hart-ritmestoornissen; krampaanvallen en huidafwijkingen”, terwijl als “oorzaak (...) een probleem in de werksituatie (is) aan te geven.”⁵¹ Nieuwenhuys stelt vervolgens, onder verwijzing naar dit rapport, dat hij arbeidsongeschikt is geworden als gevolg van slechte werkomstandigheden, te weten een te zware werkbelasting (minder tijd voor klanten, administratief werk erbij, meer regels, minder communicatie) en een slecht functionerende kantoordirecteur. Hij stelt ABN AMRO voor de gevolgen van zijn psychische arbeidsongeschiktheid aansprakelijk.

De kantonrechter wijst de vordering van Nieuwenhuys af op de grond dat niet is aangetoond dat zijn uitval aan ABN AMRO te wijten is. Naar het oordeel van de kantonrechter is sprake van een oudere werknemer die moeite heeft om zich aan

49 Zie onder meer A. Geers, “Werkgeversaansprakelijkheid voor psychische schade”, in *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, red. M. Faure en T. Hartlief, Den Haag 2001, p. 19-30; T. Hartlief, “Stress en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW”, *WPNR* 2001, p. 1067-1068; T. Hartlief, “Werkgeversaansprakelijkheid: het bereik van en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW”, *RM Themis* 2002, p. 67-83; S.D. Lindenbergh, “Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade”, *AV&S* 2003, p. 14-25; M.S.A. Vegter, “Aansprakelijkheid van de werkgever voor overbelasting (stress) en andere vormen van psychisch letsel”, *NJB* 2002, p. 1935-1942; Y.R.K. Waterman, “De aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade van de werknemer”, *Arbeid Integraal* 2000, p. 86-90.

50 HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84; *RvdW* 2005, 37 (ABN AMRO/Nieuwenhuys).

51 Het rapport wordt geciteerd in het arrest van het Hof Amsterdam 10 juli 2003, nr. 981/02, n.g., r.o. 4.2.

te passen aan veranderde werkwijzen, maar niet van verwijtbaar gedrag van ABN AMRO. Het hof neemt wel aansprakelijkheid aan. Het hof stelt op basis van een in hoger beroep door de betrokken Human Resources manager afgelegde verklaring vast dat het management in de Zwitserse vestiging van ABN AMRO waar Nieuwenhuys werkzaam was, in de periode dat diens klachten ontstonden, "de touwtjes heeft aangetrokken". Het verloop van werknemers in de betrokken vestiging was als gevolg van het strakkere beleid, in die periode ongeveer 25% hoger dan normaal. Het doel van het management was commerciëler te werken dan voorheen en proactiever op te treden. Het hof overweegt dan als volgt:

"Op grond hiervan moet worden aangenomen dat Nieuwenhuys in de uitoefening van zijn werkzaamheden arbeidsongeschikt is geworden en zich in verband daarmee genoopt zag eerder dan door Nieuwenhuys voorzien, van de VUT gebruik te maken, als gevolg waarvan hij schade heeft geleden. ABN AMRO is op de voet van artikel 7:658 BW voor die schade aansprakelijk nu zij onvoldoende heeft gesteld om aan te nemen dat zij de zorgplicht als bedoeld in artikel 7:658 lid 1 BW is nagekomen, althans haar stellingen terzake onvoldoende heeft gemotiveerd. In het bijzonder heeft zij – terwijl dit in de gegeven omstandigheden wel op haar weg had gelegen – niets en in ieder geval onvoldoende gesteld omtrent begeleidende maatregelen bij de invoering van voormeld strakker beleid, die een zorgvuldige uitvoering van dat beleid in aanpassing daaraan van de medewerkers hadden kunnen bevorderen. Een en ander brengt mee dat de vordering tot vergoeding van deze schade, nader op te maken bij staat, toewijsbaar is."

In cassatie betoogt ABN AMRO dat het hof ten onrechte artikel 7:658 BW heeft toegepast en dat de conclusie van het hof dat Nieuwenhuys arbeidsongeschikt is geworden in de uitoefening van zijn werkzaamheden niet volgt uit de overgelegde medische rapportage en evenmin uit de verklaring van de Human Resources manager, zodat het oordeel van het hof op dit punt onjuist, althans onbegrijpelijk is. De Hoge Raad verwerpt, zoals gezegd,⁵² het eerste cassatiemiddel met betrekking tot de toepassing van artikel 7:658 BW. Het tweede cassatiemiddel wordt door de Hoge Raad echter gegrond geacht. Naar het oordeel van de Hoge Raad heeft het hof zijn uitspraak onvoldoende gemotiveerd door:

"geen aandacht te besteden aan de volgende, in de feitelijke instanties aangevoerde, essentiële stellingen (a) dat er sprake was van reeds bestaande medische klachten, (b) dat Nieuwenhuys, mede gezien zijn leeftijd, de druk van de werkzaamheden minder goed aan kon en in overleg met hem naar een oplossing is gezocht, die uiteindelijk daarin is gevonden dat hem de mogelijkheid is geboden gebruik te maken van de VUT-regeling, die – omdat hij daarvoor naar de letter nog niet in aanmerking kwam – voor hem op maat is gemaakt, hetgeen ook door hem als een oplossing is ervaren, en (c) dat Nieuwenhuys op eigen initiatief en uit vrije wil zijn dienstverband met de ABN AMRO heeft beëindigd, zulks na in overleg met de ABN AMRO gezocht te hebben naar een oplossing en deze gevonden te hebben in de VUT-regeling en dat hij al in 1994 aan ABN AMRO heeft gevraagd gebruik te mogen maken van de VUT-regeling en destijds ook al te kennen gaf dat zijn geestelijke weerstand minder werd."

52 Zie § 13.3.1 en verder onder meer § 3.2.1 en 3.2.2.

HOOFDSTUK 13

Deze stellingen kunnen, aldus de Hoge Raad, indien zij juist worden bevonden, meebrengen dat de conclusie van het hof dat Nieuwenhuys arbeidsongeschikt is geworden in de uitoefening van de werkzaamheden en dat ABN AMRO jegens hem tekort is geschoten in haar zorgplicht, geen stand kan houden. Het hof had de stellingen daarom niet onbesproken mogen laten.

De Hoge Raad gaat niet concreet in op de inhoud van een eventuele zorgplicht van ABN AMRO ter voorkoming van overbelasting van Nieuwenhuys omdat het naar het oordeel van de Hoge Raad nog niet duidelijk is of Nieuwenhuys überhaupt ziek is geworden in de uitoefening van de werkzaamheden of dat hieraan een andere oorzaak – zijn leeftijd, reeds bestaande klachten – ten grondslag lag. In die zin kan uit deze uitspraak niet worden afgeleid wanneer een werkgever maatregelen moet treffen tegen overbelasting en wat die maatregelen moeten inhouden.⁵³ De Hoge Raad maakt ook niet duidelijk of hij, evenals het hof, vindt dat een werkgever als ABN AMRO gehouden is om begeleiding te bieden bij de invoering van een strakker beleid, *máár*, anders dan het hof, van mening is dat ABN AMRO in deze aan haar verplichting heeft voldaan door Nieuwenhuys een op maat gemaakte VUT-regeling aan te bieden, *óf* dat hij vindt dat ABN AMRO überhaupt niet gehouden was enige begeleiding aan te bieden. Dit laatste lijkt me persoonlijk niet voor de hand te liggen, nu ABN AMRO wist dat zij met een psychisch kwetsbare werknemer te maken had, en uit de rechtspraak valt af te leiden dat van een werkgever mag worden verwacht dat hij daarmee rekening houdt.⁵⁴ De Hoge Raad laat zich hierover echter, zoals gezegd, niet expliciet uit.

Uit het arrest ABN AMRO/Nieuwenhuys kan, gezien voorgaande, niet veel worden afgeleid over de wijze waarop naar het oordeel van de Hoge Raad de zorgplicht van de werkgever ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting van een werknemer moet worden ingevuld. Hooguit kan worden geconcludeerd dat niet te snel mag worden aangenomen dat de werkgever zijn zorgplicht terzake heeft geschonden (en dat er causaal verband bestaat tussen werk en psychische ziekte), maar dat hiervoor een grondige onderbouwing noodzakelijk is. Dit kan anders liggen in een evident geval, maar daarvan was in deze zaak geen sprake. Voor een nadere invulling van de zorgplicht van de werkgever ter voor-

53 Overbelasting was overigens niet de enige mogelijk ziekmakende omstandigheid in deze zaak. Naast het feit dat de werkbelasting volgens Nieuwenhuys te zwaar was, speelde ook het mogelijk niet goed functioneren van een kantoordirecteur en een veranderde werkwijze (strakker beleid) mee bij het ontstaan van zijn ziekte. In die zin zou de zaak ook besproken kunnen worden in hoofdstuk 16 waarin psychisch letsel als gevolg van personeelsbeslissingen (en personeelsbeleid) aan de orde komt. Omdat deze zaak in de kern echter lijkt te gaan om een werknemer die, om verschillende redenen, zijn werk niet meer aankan, leek bespreking ervan in dit hoofdstuk 13 me het meest passend.

54 Zie onder meer HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667 (Nuts/Hofman) en verder de in deze paragraaf nog te bespreken lagere rechtspraak.

koming van overbelasting dient daarom vooralsnog gekeken te worden naar de lagere rechtspraak.

Een relevante uitspraak in dit opzicht is gedaan door de kantonrechter Terneuzen op 29 september 2004.⁵⁵ In die uitspraak nam de kantonrechter aansprakelijkheid van de werkgever aan voor psychisch letsel als gevolg van overbelasting van één van zijn werknemers. De bewuste werknemer werkte aanvankelijk, vanaf 1969, als chauffeur, en later, vanaf 1985, als assistent-bedrijfsleider. In die hoedanigheid was hij voornamelijk belast met planning. In 1997 meldt de werknemer zich ziek als gevolg van psychische klachten. Na een mislukte reïntegratie wordt aan hem in 1999 een volledige WAO-uitkering toegekend. De verzekeringsarts stelt vast dat de werknemer aan het burn-outsyndroom lijdt. De werknemer stelt de werkgever voor zijn schade aansprakelijk. Daartoe stelt hij dat hij jarenlang structureel is overbelast en dat de werkgever ten onrechte geen maatregelen heeft genomen om de overbelasting te beperken. De kantonrechter acht voldoende aangetoond dat de burn-out van de werknemer het gevolg is van het werk en is verder van oordeel dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn zorgplicht. In dit laatste opzicht wijst de kantonrechter op de volgende omstandigheden:

- De werknemer heeft gedurende tien jaar 50 weken gewerkt en dus zeer beperkt vakantie en vrije dagen opgenomen.
- In de arbeidsovereenkomst is een vaste vergoeding voor tien overuren per week opgenomen. De werkgever heeft bovendien onvoldoende weersproken dat de werknemer daadwerkelijk veel overwerkte.
- De werknemer heeft in zijn woning een kantoor met planbord ingericht voor zijn werkzaamheden.
- De werknemer had in het werk te maken met klanten, chauffeurs en leveranciers. Bij stagnaties of onregelmatigheden viel men op hem terug, zelfs 's avonds en in het weekend en soms 's nachts.
- De werknemer werkte op het kantoor van zijn werkgever veelal van 7.00 tot vlak voor 18.00 uur, onderbroken door een lunchpauze thuis van drie kwartier.
- Vanaf 1985 heeft de werknemer op zondagavond de planning geregeld en doorgegeven aan de chauffeurs die daarvoor op zondag tussen 18.00 en 20.00 uur bereikbaar moesten zijn.
- Nadat het bedrijf in mei 1985 verhuisde naar Milsbeek is het sterk gegroeid.
- Bij brief van 20 september 1985 heeft de werkgever zijn chauffeurs opgedragen op elke werkdag na het lossen van de laatste vracht een telefoonnummer te bellen dat 's avonds was doorgeschakeld naar de werknemer of een ander.
- Na de uitbraak van de varkenspest woonde de werknemer in het voorjaar en de zomer van 1997 in de avond vele vergaderingen ver van huis bij. In die periode was de werkgever zeven dagen per week 24 uur per dag telefonisch bereikbaar. De werkgever weerspreekt niet dat ook de werknemer toen steeds telefonisch bereikbaar was.

Al deze omstandigheden bij elkaar brengen de kantonrechter tot het oordeel dat de werknemer langdurig zeer zwaar belast is geweest. Daartegenover heeft de

55 JAR 2004, 270.

HOOFDSTUK 13

werkgever te weinig concreet aangegeven wat hij heeft gedaan om deze overbelasting tegen te gaan. De werkgever is daarom aansprakelijk voor de schade van de werknemer. De kantonrechter gaat niet expliciet in op de vraag of het voor de werkgever voorzienbaar was dat de werknemer door de langdurige overbelasting psychisch ziek zou worden. Kennelijk vindt de rechter dit zodanig evident dat hij geen redenen ziet om hieraan een afzonderlijke overweging te wijden. Naar aanleiding van de uitspraak is door Tweede Kamerlid mevrouw Rambocus geïnformeerd of burn-out nu erkend is als beroepsziekte. Staatssecretaris Van Hoof heeft vervolgens opgemerkt dat de uitspraak niet is te beschouwen als een *algemene* erkenning van burn-out als beroepsziekte. "Het zijn de specifieke, extreme omstandigheden in combinatie met een werkgever die overduidelijk tekort schiet in zijn zorgplicht die bepalend zijn voor deze uitspraak," aldus Van Hoof.⁵⁶

Ook in een uitspraak van de kantonrechter Brielle uit 2003 is aansprakelijkheid voor psychische ziekte van een werknemer als gevolg van overbelasting aangenomen.⁵⁷ In die zaak ging het om een werkneemster die bij haar indiensttreding als verpleegkundige bij een ziekenhuis reeds voor 45-55% arbeidsongeschikt was wegens fysieke klachten. Haar arbeidsduur bedroeg vijf uur per dag. Na ongeveer zes jaar werden de werkzaamheden van de werkneemster verzwaard. Zij ontving daarvoor een extra toeslag. Eind 1998 raakte de werkneemster volledig arbeidsongeschikt, door een knieblesure en omdat zij, naar haar zeggen, meer extra uren had moeten werken dan vijf uur per dag en onder een hoge werkdruk had moeten werken. Reïntegratie lukte niet, waarop de werkneemster vergoeding van de schade als gevolg van haar arbeidsongeschiktheid vorderde.⁵⁸

De kantonrechter overweegt dat een werkgever (op grond van artikel 7:611 BW) gehouden is om een werknemer niet gedurende een te lange tijd onder te grote werkdruk te laten werken, zodanig dat dit tot blijvende arbeidsongeschiktheid van de werknemer leidt. In onderhavig geval heeft de werkgever de werkneemster in een stressvolle periode gevraagd om een hogere arbeidsprestatie te leveren dan van haar verwacht mocht worden op grond van de arbeidsovereenkomst. De werkneemster heeft daarvoor weliswaar een toeslag ontvangen, maar daardoor nam de fysieke en emotionele belasting niet af. Nu de werkgever wist dat de werkneemster reeds lichamelijke klachten had, en ook wist of had moeten weten dat deze zouden verergeren bij stress, althans in psychische klachten zouden kunnen worden omgezet, had hij daarmee rekening moeten houden met het opleggen van een extra belasting aan de werkneemster. Daar komt bij, aldus de rechter, dat de werkgever de werkneemster noch tijdens de periode van de extra werkbelasting, noch meteen na haar uitval in oktober 2002 noch gedurende de ziekteperiode adequaat heeft begeleid. Gezien deze omstan-

56 Brief van Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Van Hoof aan de Tweede Kamer d.d. 17 december 2004, kenmerk A&G/W&B/2004/84641. Overigens is tegen de uitspraak hoger beroep ingesteld.

57 Ktr. Brielle 30 september 2003, *JAR* 2003, 267.

58 De werkneemster had ook een vordering uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag ingesteld, maar deze werd afgewezen wegens verjaring.

digheden en het inkomen dat de werkneemster thans ontvangt, acht de rechter een schadevergoeding van € 10.000,- bruto billijk.

De kantonrechter neemt in deze zaak aan dat het voor de werkgever voorzienbaar was dat de werkneemster door de extra belasting die op haar was gelegd op een moment dat zij reeds fysieke beperkingen ondervond en door het uitblijven van begeleiding daarbij, psychisch ziek zou worden. De werkgever had daarom ten minste, zo valt uit de uitspraak af te leiden, extra begeleiding moeten bieden aan de werkneemster. Waaruit deze begeleiding had moeten bestaan, wordt niet duidelijk.⁵⁹

In een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep werd eveneens aansprakelijkheid van de werkgever aangenomen voor de psychische ziekte van een ambtenaar.⁶⁰ De betrokken ambtenaar, medewerker van de Sociale Dienst Amsterdam, had geen burn-out opgelopen door een te hoge werkdruk, maar een posttraumatische stress stoornis als gevolg van mishandeling door een cliënt. De uitspraak is echter interessant voor de aansprakelijkheid voor burn-out vanwege de zorgplicht van de werkgever ter voorkoming van overschrijding van de werkdruk die door de rechtbank wordt vastgesteld. De shockschade-aspecten van de zaak worden besproken in § 11.3.2, § 11.7.2 en § 11.7.3. De mishandeling van de medewerker vond plaats tijdens het baliewerk door een cliënt die over de balie was gesprongen. De medewerker verzocht zijn werkgever om zijn materiële en immateriële schade als gevolg van de PTSS te vergoeden en stelde daartoe dat zijn werkgever zijn verplichtingen als bedoeld in artikel 7:658 BW had geschonden.

De CRvB oordeelt dat de Sociale Dienst, door de betrokken medewerker zonder opleiding inzake de omgang met agressie gedurende langere tijd achtereen dagelijks baliewerkzaamheden te laten verrichten, in strijd heeft gehandeld met haar zorgplicht als bedoeld in (de norm van) artikel 7:658 BW. Daarbij hecht de CRvB onder meer belang aan de omstandigheid dat de medewerker in strijd met de geldende roulatieafspraken die inhielden dat een medewerker niet op meer dan één dag per week met het psychisch belastende baliewerk zou worden belast, wekenlang op alle dagen van de week met die werkzaamheden is belast. De CRvB tekent daarbij nog aan dat ook de Arbeidsinspectie in 1997 het zich niet houden aan de roulatieafspraken bij het baliewerk in het algemeen als een knelpunt voor de Sociale Dienst Amsterdam heeft aangemerkt.

-
- 59 Opmerkelijk is dat de kantonrechter een bruto schadevergoeding toekent, terwijl aansprakelijkheid wordt aangenomen voor schade door arbeidsongeschiktheid van de werkneemster. In de regel vertaalt een dergelijke schade zich in toekenning van een netto bedrag wegens een verlies aan verdien capaciteit. Opvallend is voorts dat de rechter een schadevergoeding naar billijkheid toekent, dit terwijl een schadevergoeding als hier aan de orde, ook al is die gebaseerd op art. 7:611 BW, moet worden berekend conform de regels van boek 6 BW. Het gaat namelijk niet om een vergoeding van immateriële schade en ook niet om een ontslagvergoeding. Zie in dit opzicht ook § 3.9.5.
- 60 CRvB 1 juli 2004, TAR 2004, 141.

HOOFDSTUK 13

De CRvB oordeelt derhalve dat de Sociale Dienst had moeten weten dat, indien zij de ambtenaar gedurende lange tijd belastend werk zou laten doen, er een risico bestond op overbelasting met alle gevolgen vandien. Het risico op psychisch – en in dit geval ook fysiek (zij het licht, alleen wat schrammen) – letsel was kenbaar voor de Sociale Dienst. Bovendien was duidelijk welke maatregelen genomen hadden moeten worden, namelijk de werknemer laten rouleren, hem niet lange tijd baliewerk laten doen en hem niet herhaaldelijk als enige medewerker baliewerk laten verrichten. Door deze maatregelen niet te nemen, is de Sociale Dienst tekortgeschoten in haar verplichtingen als bedoeld in artikel 7:658 BW.

Een voorbeeld van een uitspraak waarin aansprakelijkheid van de werkgever werd afgewezen, is te vinden in een uitspraak van de kantonrechter Rotterdam. De kantonrechter achtte het niet aannemelijk geworden dat de werkneemster psychisch ziek was geworden door een te hoge werkdruk en was verder van mening dat de werkgever aan zijn zorgplicht had voldaan.⁶¹ De werkneemster in deze zaak, senior vermogensbeheerder/teamleider bij een bank, had op enig moment aan de werkgever laten weten dat zij een andere functie ambieerde. De werkgever wilde de werkneemster hierbij wel ondersteunen. Vervolgens ontstond echter een conflict tussen partijen omdat de beoogde opvolger van de werkneemster plotseling overleed, zij daarom langer dan gepland haar oude functie moest blijven doen, zij een bepaalde vrijgestelde positie niet kreeg en onaangekondigd een opvolger voor haar werd benoemd die zij niet gekwalificeerd achtte. De werkneemster stelde dat zij door deze omstandigheden, in combinatie met het feit dat zij al jarenlang overbelast was en op het randje balanceerde, ziek was geworden. Zij vorderde daarom schadevergoeding.

De kantonrechter stelt vast dat de werkgever aan de werkneemster, op het moment dat zij aangaf een andere functie te willen gaan doen, een personal coach ter beschikking heeft gesteld, zodat zij hulp kreeg enerzijds bij het inventariseren van wat zij het beste kon gaan doen en anderzijds bij het loslaten van haar functie van teamleider. Verder heeft de werkgever zich ingespannen een opvolgster voor de werkneemster te vinden. Geheel onverwacht is de opvolgster ernstig ziek geworden en overleden. Ook daarna is de werkgever de werkneemster ter wille geweest voor wat betreft de overdracht van het teamleiderschap. De werkgever heeft een andere medewerker bereid gevonden de functie van teamleider te vervullen. Voorts heeft de werkgever de werkneemster toestemming gegeven weg te blijven bij bepaalde vergaderingen buiten haar vaste werkplek, om meer thuis te werken en heeft hij haar een flexibele tijdsindeling aangeboden. In het licht van deze omstandigheden valt niet in te zien, aldus de kantonrechter, dat de werkgever in zijn zorgplicht, bestaande uit het voorkomen van overbelasting van de werkneemster, tekort is geschoten.

De kantonrechter is verder van mening dat de werkneemster niet duidelijk heeft gemaakt dat zij het werk niet langer kon vol houden, zodat de werkgever niet kon weten dat dit het geval was, dit terwijl van de werkneemster, met name gelet

61 Ktr. Rotterdam 8 april 2003, JAR 2004, 240.

op haar hoge functie, verwacht had mogen dat zij hierover duidelijkheid verstrekte. De werkneemster heeft, aldus de rechter:

“niet kenbaar gemaakt dat zij bijna was opgebrand maar enkel dat zij het (op haar leeftijd) niet langer noodzakelijk vond zo hard te werken en dat zij zich mede om die reden meer wilde richten op de inhoudelijke kant van het duurzaam beleggen. Bovendien vervulde (de werkneemster, mv⁶²) in de organisatie van (de werkgever) een zodanige functie op een dermate hoog niveau dat zij er naar het oordeel van de kantonrechter zelf op had toe te zien dat zij niet teveel met werk werd overladen en, in geval van overbelasting, zulks diende te melden bij haar direct leidinggevende, zodat bepaalde (deel)taken van haar hadden konden worden overgenomen. Dit is gesteld noch gebleken. De e-mail correspondentie waarop (de werkneemster) zich beroept en de korte ziekteperiode in februari 2002 leiden niet tot de slotsom dat sprake was van een situatie van overbelasting, althans daaruit volgt niet dat (de werkgever) bekend was met de gestelde overbelasting en ook niet dat (de werkgever) in dat opzicht niet aan zijn zorgplicht had voldaan.”

Het risico op psychisch letsel was volgens de kantonrechter derhalve niet kenbaar. Daarnaast had de werkgever zich voldoende ingespannen om een oplossing te vinden voor door de werkneemster genoemde problemen.⁶³

Ook in een uitspraak van de kantonrechter Amsterdam werd aansprakelijkheid van de werkgever voor de burn-out van een werkneemster afgewezen omdat onvoldoende was aangetoond dat de werkgever wist of had moeten weten dat er een risico op burn-out bestond.⁶⁴ De werkneemster, administratief medewerkster bij een advocatenkantoor, had gesteld dat haar werkzaamheden in omvang en zwaarte waren toegenomen nadat het hoofd administratie, die haar direct leidinggevende was, samen met een aantal advocaten was weggegaan om elders een eigen kantoor te beginnen. Vanaf dat moment was zij aangestuurd vanuit de vestiging te Utrecht van de werkgever en niet langer vanuit Amsterdam waar zij zelf werkte. Verder zou haar werklast ten onrechte zijn verzwaaard en zou ten onrechte geen extra personeel zijn aangetrokken. De kantonrechter constateerde dat de werkneemster niet had aangegeven dat zij in de dagelijkse praktijk grote moeite ondervond als gevolg van het feit dat zij vanuit Utrecht werd aangestuurd

62 De kantonrechter gebruikt hier de namen van partijen.

63 Aansprakelijkheid voor psychisch letsel als gevolg van overbelasting werd ook van de hand gewezen door de kantonrechter Haarlem in een uitspraak van 18 juni 2003, *JAR* 2003, 188. De kantonrechter achtte het in deze zaak niet aannemelijk gemaakt dat de werknemer, zoals hij had gesteld, gedurende vele maanden 10 à 11 uur per dag had gewerkt en daardoor arbeidsongeschikt was geworden. Uit rapportages van het RIAGG en het GAK zou blijken dat niet de werktijden, maar een bedrijfsverhuizing en onzekerheid over een nieuwe positie de ziekte zouden hebben veroorzaakt. Op deze uitspraak wordt verder ingegaan in § 16.2.1.

64 Ktr. Amsterdam 11 mei 2004, *JAR* 2004, 152.

HOOFDSTUK 13

in plaats vanuit Amsterdam, dat niet was gesteld of gebleken dat zij stelselmatig haar werk niet aankon en ook niet dat aan haar taken werden opgedragen waartegen zij redelijkerwijs niet opgewassen was.⁶⁵ Daarom was de werkgever niet tekortgeschoten in zijn zorgplicht ex artikel 7:658 BW jegens de werknemers. Een vergelijkbaar oordeel is, tenslotte, uitgesproken door de kantonrechter Hoorn in een zaak waarin een werknemer, calculator bij een aannemings- en bouwbedrijf, had gesteld dat hij ziek was geworden door jarenlange overbelasting. De kantonrechter oordeelde dat de werknemer onvoldoende concreet had gesteld waaruit zijn overbelasting bestond. Algemene verwijzingen naar een slechte werksfeer en een te hoge werkdruk achtte de rechter in dit verband onvoldoende. Daarnaast had de werknemer de stelling van zijn werkgever dat hij voor zijn uitval wegens ziekte nimmer blijf ervan had gegeven het werk niet aan te kunnen dan wel daarbij in de dagelijkse praktijk veel moeite te ondervinden, onvoldoende weersproken.⁶⁶

Ontslagrecht

Niet alleen in het aansprakelijkheidsrecht maar ook in het ontslagrecht zijn uitspraken te vinden waarin een vergoedingsplicht is aangenomen omdat een werkgever ten onrechte geen maatregelen had genomen ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting, terwijl duidelijk was dat daarop een risico bestond, of waarin een vergoedingsplicht juist van de hand is gewezen omdat geen sprake was van een kenbaar risico op psychisch letsel of omdat de werkgever wel voldoende maatregelen had genomen. De toetsing in een ontslagprocedure is uiteraard niet gelijk aan die in een aansprakelijkheidsprocedure, omdat in een ontslagprocedure alle omstandigheden van het geval worden meegewogen, terwijl in aansprakelijkheidsprocedures sec wordt gekeken of sprake is van arbeidsongeschiktheid door het werk en van tekortschieten door de werkgever in zijn zorgplicht. Niettemin kunnen uit sommige uitspraken in ontslagzaken wel conclusies worden getrokken ten aanzien van de verplichtingen die een werkgever in acht moet nemen met betrekking tot het voorkomen van burn-out van een werknemer. Dit is met name mogelijk in die zaken waarin de kantonrechter uitdrukkelijk aangeeft dat de psychische ziekte van een werknemer het gevolg is van verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever.

Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van de kantonrechter Terneuzen waarin aan een werknemers die overspannen was geraakt door de werkzaamheden een ontslagvergoeding werd toegekend.⁶⁷ De bewuste werknemers was in de

65 Wel was er naar het oordeel van de kantonrechter sprake van een kennelijk onredelijk ontslag, waarbij de rechter tevens liet meewegen dat wel aannemelijk was dat de werknemers door het werk ziek was geworden. Op dit aspect kom ik nog terug in § 13.6. Aan de werknemers werd daarom een ontslagvergoeding toegekend van € 22.203.50.

66 Ktr. Hoorn 25 oktober 2004, JAR 2005, 57.

67 Ktr. Terneuzen 9 juli 1997, Prg 1998, 4921.

loop van haar 30 dienstjaren opgeklommen van administratief medewerkster tot directiesecretaresse en medewerkster personeelszaken bij een bank. Op een gegeven moment raakte zij overspannen, naar haar zeggen als gevolg van het feit dat zij langdurig onder een extreme werkdruk had gestaan. Zij zou hiervoor herhaaldelijk aandacht hebben gevraagd bij haar leidinggevende, onder andere in een memo waarin zij vroeg om het aantrekken van twee extra medewerkers, maar deze zou geen begrip hebben gehad voor haar situatie. Hij zou zelfs kort na het overlijden van haar ouders en broer nog aanmerkingen hebben gemaakt op haar functioneren. De werkgever stelt dat de functie van de werkneemster niet onevenredig zwaar is en dat ook bij andere banken de taken van medewerker personeelszaken en directiesecretaresse door één persoon worden verricht. De werkneemster vraagt ontbinding met een vergoeding.

De kantonrechter is van oordeel dat de werkgever de problemen van de werkneemster ten gevolge van de werkdruk heeft onderschat en dat hij daarom niet adequaat heeft gereageerd op de door de werkneemster gesignaleerde problemen. De werkneemster was niet alleen directiesecretaresse, maar was daarnaast de personeelsfunctionaris voor een personeelsbestand dat vanaf 1991 tot 1997 is toegenomen van 30 tot 70 personeelsleden. Er is geen specifieke deskundigheid voor nodig, aldus de kantonrechter, om te kunnen concluderen dat de werkneemster onder die omstandigheden werd overbelast. Dat andere banken wel kunnen volstaan met een dergelijke bezetting, is niet relevant. Het gaat erom dat een medewerker als de werkneemster, die langdurig in dienst was, niet in staat was haar werkzaamheden naar behoren uit te voeren. Daarvoor had de werkgever begrip moeten hebben door haar structureel te ontlasten. Begrijpelijk is verder dat de kritiek van de leidinggevende slecht is gevallen bij de werkneemster. De kantonrechter ontbindt vervolgens de arbeidsovereenkomst met toekenning van f 200.000, – aan vergoeding (correctiefactor ± 1.2).

De kern van deze uitspraak is dat de werkgever wist of had moeten weten dat de werkneemster structureel overbelast werd, enerzijds doordat de werkneemster dit expliciet had aangegeven en anderzijds omdat duidelijk had moeten zijn dat de dubbelfunctie van directiesecretaresse en medewerkster personeelszaken voor haar te zwaar was. De werkgever had daarom maatregelen moeten treffen om de werkdruk te verlichten en is nalatig geweest door dat niet te doen.

Vergelijkbare uitspraken zijn gedaan door de kantonrechters Amsterdam en Utrecht. De Amsterdamse zaak betrof een werkneemster die zeer lange werkdagen maakte en onder een hoge werkdruk werkte. De werkgever had, in plaats van maatregelen te nemen ter verlichting van de werkdruk, erop aangedrongen dat de werkneemster ontslag zou nemen. Deze handelwijze, én het feit dat de werkgever ontbinding had gevraagd, maar het verzoek weer had ingetrokken nadat een vergoeding was toegekend, bracht de kantonrechter tot het toepassen van een correctiefactor 1,5.⁶⁸ In de Utrechtse zaak was een werknemer, adjunct-

68 Ktr. Amsterdam 4 juli en 24 augustus 1998, *JAR* 1998, 205.

HOOFDSTUK 13

directeur, overbelast geraakt en ziek geworden doordat zijn takenpakket in de loop des tijds te zwaar was geworden en doordat hij geen goede verhouding had met de nieuwe directeur. De werkgever had niet het takenpakket verlicht, maar had de werknemer een niet-passende functie geboden en had vervolgens een ontslagprocedure in gang gezet. Eén en ander leidde tot toepassing van een correctiefactor van ruim 2.⁶⁹

Een tekortkoming van de werkgever werd ook aangenomen in de zaak van een ziekenverzorger die stelde overspannen te zijn geraakt doordat zij stelselmatig teveel taken moest uitvoeren die niet tot haar competentie behoorden en die voor haar te zwaar waren.⁷⁰ De werkgever betwistte dit verwijt niet zozeer, maar voerde aan dat de ziekte van de werknemer niet het gevolg was van te moeilijke taken, maar van een te grote emotionele betrokkenheid van de werknemer bij het werk, de patiënten en hun ouders, alsook door het niet kunnen verwerken van het feit dat zij op een zeker moment dit werk niet meer mocht verrichten.

De kantonrechter gelast een deskundigenbericht. Aan de hand daarvan stelt hij vast dat de werkgever in strijd met algemeen geldende medische en verpleegkundige opvattingen heeft gehandeld door de werknemer handelingen op te dragen en aan haar over te laten waarvoor zij niet was opgeleid en die niet tot haar functie behoorden. Ook stelt hij op basis van dit rapport vast dat er causaal verband bestaat tussen de overbelasting en de ziekte van de werknemer. Eén en ander brengt mee dat het ontslag zonder vergoeding kennelijk onredelijk is. Aan de werknemer komt, mede in aanmerking genomen de duur van het dienstverband en de overige omstandigheden van het geval, een vergoeding van inkomensschade toe van f 40.000,- bruto en een vergoeding van immateriële schade van f 20.000,-.

In deze uitspraak is de kantonrechter kennelijk van mening dat de werkgever had behoren te weten dat er een aanmerkelijk risico bestond dat de werknemer overspannen zou raken door het feit dat aan haar te zware taken die niet tot haar competentie behoorden werden opgedragen en overgelaten. Niet vereist wordt dat de werknemer zelf heeft aangegeven dat zij te zwaar belast werd. De vraag komt niet aan de orde welke maatregelen de werkgever had moeten nemen om de overbelasting te voorkomen. Dit is in feite ook evident, namelijk het niet opdragen van de te belastende en moeilijke taken, doch van werk behorend bij de functie en opleiding van de werknemer.⁷¹

69 Ktr. Utrecht 11 mei 1999, JAR 1999, 269.

70 Ktr. Amsterdam 10 oktober 1997, rolno. 4012/88, CD-Rom *Vrouw en Recht* Clara Wichmann Instituut, nr. 97010472.

71 Een tekortkoming van de werkgever werd ook aangenomen in de zaak van een werknemer die overspannen raakte nadat de werkgever eenzijdig haar werkrooster had gewijzigd, zodat zij vijf dagen van vier uur moest gaan werken. De kantonrechter oordeelde dat de werkgever te weinig rekening had →

Geen tekortkoming werd aangenomen in de zaak van een werknemer die stelde dat zijn ontslag, zonder vergoeding, kennelijk onredelijk was, omdat hij psychisch ziek was geworden als gevolg van overbelasting, een bovenmatige werkdruk en veel overwerk. Hij zou gemiddeld 70 uur per week gewerkt hebben.⁷² Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde dat de werkgever van de ziekte van de werknemer geen verwijt trof, met name niet omdat de werknemer niet aan zijn leidinggevenden kenbaar had gemaakt dat sprake was van een te zware belasting en ook niet dat hij daardoor psychische klachten ondervond. Daarbij hechtte het hof ook belang aan het feit dat de werknemer een verantwoordelijke functie bekleedde:

“R. bekleedde bij VNU de functie van coördinator vormgeving diverse bladen, een verantwoordelijke functie die, mede vanwege de *deadlines* die moeten worden gehaald, per definitie gekenmerkt wordt door het werken onder een hoge tempo- en tijdsdruk. R. heeft niet gesteld dat in de periode waarin zijn klachten ontstonden de aan zijn functie inherente werkdruk, bijvoorbeeld door reorganisaties, groter is geworden. Evenmin heeft R. gesteld dat hij in die periode aan zijn leidinggevenden kenbaar heeft gemaakt dat sprake was van te grote werkdruk en te veel verantwoordelijkheden en evenmin dat de werkdruk en de druk van verantwoordelijkheden bij hem tot (psychische) klachten leidden. Ook heeft R. niet gesteld dat hij bij zijn leidinggevenden bezwaar heeft gemaakt tegen het, door hem gestelde, structurele overwerk. Het verwijt – achteraf – van R. dat VNU geen enkele maatregel heeft genomen om de werkdruk en het overwerk te verminderen, is niet terecht, nu evenmin door R. is gesteld dat VNU uit anderen hoofde op de hoogte was van de (te) hoge werkdruk en het structurele overwerk en bewust heeft nagelaten maatregelen te nemen.”

Het hof vond dus kennelijk dat het risico op psychische ziekte voor de werkgever niet kenbaar was, nu een zekere werkdruk inherent was aan de functie van de werknemer en de werknemer niet duidelijk had gemaakt dat hij daardoor problemen ondervond. De uitspraak is daarmee vergelijkbaar met de hiervoor besproken uitspraak van de kantonrechter Rotterdam die in het geval van een senior vermogensbeheerder oordeelde dat, gelet op de hoogte van haar functie, van haar verwacht had mogen worden dat zij bij haar werkgever aandacht had gevraagd voor een door haar ondervonden te zware belasting,⁷³ en ook met de uitspraak van de kantonrechter Amsterdam, die van mening was dat een secretaresse op een advocatenkantoor onvoldoende had aangekaart dat haar werkzaam-

gehouden met de belangen en aanspraken van de werkneemster bij het wijzigen van het rooster. De overspannenheid was daarom aan de werkgever toe te rekenen, temeer nu niet was gebleken van andere oorzaken ervoor, en aan de werkneemster kwam een vergoeding toe van f 25.000,- (C=1,5); Ktr. 's-Hertogenbosch 17 februari 2000, *JAR* 2000, 70.

72 Hof Amsterdam 18 maart 2004, *JAR* 2004, 161.

73 Ktr. Rotterdam 8 april 2003, *JAR* 2004, 240.

HOOFDSTUK 13

heden voor haar te zwaar waren (geworden).⁷⁴ Zoals we hierna nog zullen zien, wordt ook in het Engelse recht als vereiste voor aansprakelijkheid voor stressschade gesteld dat de werkgever van het risico hierop op de hoogte moet zijn, hetzij doordat de werknemer dit zelf aangeeft hetzij doordat dit uit de omstandigheden blijkt.⁷⁵

Indien het risico op burn-out voor de werkgever kenbaar is, dient hij in principe maatregelen te nemen ter voorkoming van de verwezenlijking van dit risico. Het is echter niet steeds zo dat daardoor de burn-out wordt voorkomen. Een werknemer kan toch ziek worden, ook al heeft de werkgever zich ingespannen om deze ziekte te voorkomen. Maakt de werknemer vervolgens aanspraak op een vergoeding, dan zal de conclusie van de rechter veelal zijn dat de werkgever geen verwijt treft. Een voorbeeld hiervan is de hiervoor besproken uitspraak van de kantonrechter Rotterdam in de zaak van de vermogensbeheerder. Een ander voorbeeld is een uitspraak van de kantonrechter Den Helder in een ontbindingszaak.⁷⁶ Het ging in deze zaak om een werkneemster die aanvankelijk als centraliste en later als administratief medewerkster bij een taxibedrijf werkte en die eind 1998 uitviel wegens een burn-out. Tevens werd bij haar fybromyalgie en een beginnende artrose geconstateerd. Na enige tijd ging de werkneemster weer aan het werk, maar in februari 2002 viel zij wederom uit. Reïntegratie lukte daarna niet meer. Daarop vroeg de werkneemster ontbinding met toekenning van een vergoeding op de grond dat zij ziek was geworden door het werk en de werkgever de problemen, zoals een hoge werkdruk, niet had gesignaleerd en/of aangepakt.

De kantonrechter deelt het standpunt van de werkneemster niet. Naar het oordeel van de rechter heeft de werkgever voldoende maatregelen genomen met het oog op de gezondheidsklachten van de werkneemster. De werkneemster heeft na de eerste burn-out niet meer hoeven overwerken en afgesproken is dat zij van de 24 uur die zij per week werkte, nog slechts 8 uur op de centrale zou hoeven werken. Verder heeft zij een eigen werkkamer gekregen om haar administratieve werkzaamheden in een rustiger omgeving te kunnen verrichten en is in maart 2000 een werknemer aangesteld om

74 Ktr. Amsterdam 11 mei 2004, *JAR* 2004, 152. Zie ook Ktr. Amsterdam 6 juli 1995 en 26 oktober 1995, *JAR* 1995, 236, waarin een beroep op kennelijk onredelijk ontslag van de hand werd gewezen omdat de werknemer niet bij de werkgever had aangekaart dat hij problemen ondervond door een te zware werkbelasting.

75 Zie § 13.4.3. Zie verder ook Ktr. Amsterdam 4 mei 1999, *PrG* 1999, 5185 – ontbinding op verzoek van werknemer zonder toekenning van een vergoeding omdat de door de werknemer aangevoerde onzorgvuldigheden en hoge werkdruk niet meer zijn vast te stellen en deze bovendien dateren van drie jaar voor de ziekmelding van de werknemer. Kennelijk had de werknemer deze omstandigheden niet eerder onder de aandacht van de werkgever gebracht.

76 Ktr. Den Helder 22 april 2003, *JAR* 2003, 114.

haar bij te staan bij deze werkzaamheden, nadat de werkneemster had aangegeven dat zij deze niet in 16 uur per week kon voltooien. Tussen april 2000 en augustus/september 2000 is de werkneemster in verband met haar aanhoudende klachten van slapeloosheid in staat gesteld later op haar werk te komen en eerder te vertrekken. Zij werkte in die periode 12 uur per week. Verder zijn er in de periode tot april 2001 verbeteringen aangebracht in de automatisering, is er meer personeel aangetrokken, is er meer tijd uitgetrokken voor de facturering en is de servicetaxi verdwenen. Ook heeft de werkgever ergonomische aanpassingen doorgevoerd. Vanaf 2001 heeft de werkneemster niet meer op de centrale gewerkt. In februari 2002 is de werkneemster opnieuw wegens een burn-out uitgevallen. Zij heeft nog twee dagen gewerkt, maar daarna niet meer hoewel zij daartoe wel gedeeltelijk in staat werd geacht. De rechter is van mening dat, gezien dit alles, niet gezegd kan worden dat de werkgever een verwijt valt te maken van de klachten van de werkneemster noch dat deze in zijn risicosfeer vallen. De werkgever heeft de nodige maatregelen getroffen en de klachten van de werkneemster zijn niet per definitie werkgerelateerd. De kantonrechter ontbindt daarom de arbeidsovereenkomst zonder toekenning van een vergoeding.

Uit deze uitspraak blijkt dat het, juridisch gezien, voor een werkgever loont om maatregelen te nemen, hoewel deze uiteindelijk niet het beoogde effect hebben gehad voor de gezondheid van de werkneemster. De maatregelen die de werkgever in deze zaak had genomen, lagen op het vlak van het verlichten van zware taken, het creëren van een betere werkomgeving, het aantrekken van extra assistentie en het aanpassen van de werktijden. In beginsel lijken dit soort maatregelen geschikt om ziekten als burn-out te voorkomen.

Ambtenarenrecht

Tenslotte kan ook uit de rechtspraak van de CRvB over de vraag wanneer sprake is van een psychische beroepsziekte als bedoeld in de ambtelijke rechtspositieregelingen worden afgeleid welke verplichtingen een werkgever heeft ter voorkoming van psychische ziekte door overbelasting. Weliswaar gaat het hierbij formeel gesproken om een toetsing op no-fault basis, maar zoals in § 5.3 reeds uitgebreid is besproken,⁷⁷ neemt de CRvB in feite, doordat hij als voorwaarde stelt dat sprake moet zijn van excessieve of abnormale werkomstandigheden, alleen dan aan dat sprake is van een psychische beroepsziekte als de werkgever een tekortkoming valt te verwijten met betrekking tot het niet voorkomen van die ziekte. Daarom is deze rechtspraak van de CRvB ook relevant voor de invulling van de zorgplicht van de werkgever.

Uit de rechtspraak van de CRvB blijkt dat deze, evenals de civiele rechter, vooral belang hecht aan het feit of voorzienbaar was dat een ambtenaar psychisch ziek zou worden door overbelasting op het werk. Daarnaast weegt in de rechtspraak van de CRvB zwaar mee of de werkgever klachten van een ambtenaar over een te zware belasting serieus heeft genomen. Een duidelijk voorbeeld hiervan is een uitspraak uit 1995 waarin de vraag aan de orde was of de psychische ziekte van

⁷⁷ Zie ook § 13.4.3.

HOOFDSTUK 13

het Hoofd technische dienst van een museum het gevolg was van excessieve of abnormale omstandigheden.⁷⁸ De CRvB stelde vast dat het Hoofd technische dienst overspannen was geraakt doordat hij, omdat de toenmalige directeur van het museum geen planning maakte voor de inrichting van tentoonstellingen, steeds in zeer korte tijd tentoonstellingen moest inrichten en daarbij geconfronteerd werd met steeds wisselende wensen van kunstenaars die moesten worden gehonoreerd:

“Voor de Raad staat aldus vast, dat gedurende een groot aantal jaren enige planning bij de inrichting van tentoonstellingen – in verhouding tot de aanwezige capaciteit een wel erg groot aantal – heeft ontbroken. Ten volle werd voorrang gegeven aan de artistieke inzichten van de kunstenaars en de niet berekenbare (toenmalige) directeur van het museum, ook al werd gedaagde als verantwoordelijk hoofd van de Technische Dienst door de korte beschikbare tijd telkens in extreem moeilijke situaties gebracht. De last van het tijdig gereed krijgen van de inrichtingen van de tentoonstellingen kwam in feite steeds volledig op de schouders van gedaagde neer. Gedaagde diende tot op het laatst gevolg te geven aan de instructies van de kunstenaars of van de toenmalige directeur, waarbij de vraag naar de praktische uitvoerbaarheid ervan, in relatie tot de beschikbare tijd, niet kon worden gesteld. Deze situatie, die niet alleen door de toenmalige directeur werd aanvaard maar waaraan door deze persoonlijk werd bijgedragen, legde een uiterst zware verantwoordelijkheid bij gedaagde. Voor een ontlasting van de extreme druk, die hiervan het gevolg was, kon gedaagde niet terecht bij de toenmalige directeur, die daarvoor – zo staat voor de Raad vast – geen oog en oor had.”

De directeur van het museum is volgens de CRvB dus tekortgeschoten in zijn verplichtingen jegens het Hoofd technische dienst door deze met een onmogelijke werklast op te zadelen en door geen aandacht te hebben voor de problemen als gevolg daarvan.

Abnormale omstandigheden werden ook aangenomen in een zaak waarin een ambtenaar, die als enige Nederlandse burgerambtenaar behoorde tot het management van een in Nederland gestationeerde Amerikaanse militaire organisatie, psychisch ziek was geworden, naar zijn zeggen vanwege de extreme werkdruk en doordat hij door de overige leden van het management werd bespot en niet serieus genomen toen hij de harddrugsproblematiek binnen de organisatie aankaartte.⁷⁹ De CRvB was van mening dat de werkgever te weinig rekening had gehouden met de bijzondere positie van de ambtenaar en niet adequaat had gereageerd op de door hem gesignaleerde problemen. Ook in deze zaak was dus sprake van een ambtenaar die zich in een bijzondere positie bevond met een daarbij behorend risico op uitval door ziekte. Ook hier was de werkgever bovendien nalatig geweest door de klachten van de ambtenaar en de verzoeken om hulp niet serieus te nemen.

78 CRvB 7 juli 1994, TAR 1994, 184.

79 CRvB 16 maart 1995, TAR 1995, 128.

De CRvB neemt niet snel aan dat sprake is van abnormale of excessieve werkomstandigheden. De CRvB nam dit bijvoorbeeld niet aan in het geval van de directeur van het gemeentelijk slachthuis en de vleeskeuringsdienst, die psychisch ziek was geworden als gevolg van, naar zijn zeggen, een extreem lang durende reorganisatie, overbelasting van het personeel met irritatie tot gevolg, een slechte werksfeer door de onzekerheid en demotivatie door de lange duur van de reorganisatie, achterstallig onderhoud van gebouwen en materialen waardoor de steeds strengere vleeskeuringsvoorschriften niet meer konden worden nageleefd, de innerlijk tegenstrijdige dubbelfunctie van directeur van het slachthuis en directeur van de vleeskeuringsdienst, klachten van omwonenden over stank en lawaai, wisselingen van portefeuillehouders gedurende de reorganisatie, en wisselingen bij de veterinaire inspectie met een dreigende intrekking van de EEG-erkenning van het slachthuis.

De CRvB merkt naar aanleiding van deze werkomstandigheden op dat de directeur weliswaar vaak onder moeilijke omstandigheden heeft moeten werken, maar dat deze omstandigheden niet als abnormaal of excessief kunnen worden aangemerkt. Daarbij acht de CRvB met name van belang dat het tot de normale taak van een directeur van een dienst als hier beschreven behoort om zich enerzijds sterk te maken voor het ter beschikking krijgen van voldoende financiële en personele middelen, ook wanneer de verantwoordelijke wethouder en het college van burgemeester en wethouders de boot afhouden, en anderzijds om de omvang van de productie niet uit de hand te laten lopen door tijdig overleg te plegen met de (hoofd)gebruikers van het slachthuis. Voor de CRvB is daarom niet komen vast te staan dat B&W de ambtenaar zwaarder hebben belast dan, geobjectiveerd beschouwd, voor een ambtenaar in zijn functie redelijkerwijs toelaatbaar is.⁸⁰

De CRvB vindt in deze zaak dus dat de ambtenaar wellicht een moeilijke functie heeft moeten vervullen, maar dat deze functie niet zodanig belastend was dat voorzien had moeten worden dat de ambtenaar daardoor ziek zou worden. Daarvoor zijn kennelijk andere, in sterkere mate abnormale, omstandigheden vereist. Op dezelfde wijze kreeg ook een ambtenaar die stelde psychische spanningen te hebben opgelopen door het werk en daardoor een hartinfarct te hebben gekregen, nul op het rekest. De CRvB oordeelde dat de ambtenaar mogelijk onder grote druk had moeten werken als gevolg van een gemeentelijke herindeling, een niet goed functionerende chef, stresserende contacten met cliënten met een werkloosheidsuitkering en veel overwerk, maar vond dat niet was komen vast te staan dat de werkgever de ambtenaar zwaarder had belast dan toelaatbaar was in zijn functie.⁸¹ Ook hier was de werkgever derhalve niet tekortgeschoten in zijn verplichtingen.

80 CRvB 6 december 1990, TAR 1991, 33. De rechtbank had wel geoordeeld dat sprake was van abnormale werkomstandigheden.

81 CRvB 10 augustus 1995, TAR 1995, 241.

HOOFDSTUK 13

Tot ditzelfde oordeel kwam de CRvB tenslotte in het geval van een KNO-arts die stelde psychisch ziek te zijn geworden door langdurige overbelasting.⁸² De arts had zich na een dienstverband van 13 jaar op psychische gronden ziek gemeld. Hij stelde dat de oorzaak daarvan was gelegen in het feit dat hem tijdens zijn werk onvoldoende personele en materiële ondersteuning was geboden, dat onvoldoende in de mogelijkheid van waarneming was voorzien en dat ten gevolge van mismanagement situaties in het leven waren geroepen waarin hem de mogelijkheid was ontnomen om verantwoord als arts te functioneren.

De CRvB acht geen excessieve of abnormale omstandigheden aanwezig. Naar het oordeel van de CRvB waren de omstandigheden waaronder de arts moest werken niet zodanig afwijkend dat iedere arts daardoor ziek zou zijn geworden. Weliswaar heeft de arts elementen aangewezen die kunnen worden gekarakteriseerd als organisatorische uitglijders of zelfs als misstanden, maar de CRvB acht deze niet zo buitensporig van aard dat de ziekte daarmee als het ware gegeven is. Daarbij wijst de CRvB er op dat, zes jaar voor de uitval wegens ziekte van de arts, een tweede KNO-arts is aangesteld.

De CRvB neemt, gelet op deze uitspraken, niet snel aan dat de werkgever een zorgplicht heeft ter voorkoming van psychische ziekte als gevolg van overbelasting en evenmin dat hij in die zorgplicht tekort is geschoten.⁸³ Een in de ogen van de CRvB geringe tekortkoming, zoals in het geval van de KNO-arts ("organisatorische uitglijders of zelfs misstanden"), rechtvaardigt niet de conclusie dat sprake is van een beroepsziekte. De overbelasting moet, zo lijkt afgeleid te kunnen worden uit de zaken van het Hoofd technische dienst en van de burgerambtenaar bij de Amerikaanse militaire organisatie, evident en structureel zijn. Bovendien moet de ziek geworden ambtenaar zich in een bijzondere positie hebben bevonden. Heeft hij meer algemene klachten over het werk die niet hem in het bijzonder betreffen, dan zal niet snel worden aangenomen dat sprake is van excessieve of buitengewone omstandigheden. In dat verband is het ook relevant of (ex-)collega's al dan niet dezelfde klachten hebben.⁸⁴ Tenslotte lijkt de CRvB, evenals de civiele rechter, in zekere zin een meldingsplicht van de ambtenaar aan te nemen in de zin dat, als een ambtenaar zijn problemen heeft aangekaart bij zijn leidinggevers maar die daarmee niets gedaan hebben, dat een belangrijke indicatie is voor het aannemen van een beroepsziekte.

Samenvattend kan uit de hier besproken rechtspraak worden afgeleid dat een werknemer aanspraak kan maken op schadevergoeding vanwege burn-out als

82 CRvB 3 oktober 1996, TAR 1996, 200.

83 Zie in dit opzicht ook CRvB 6 mei 1999, nr. 97/6269 AW, LJN AA3886; CRvB 12 december 2002, nr. 99/3722 AW, LJN AF2288; CRvB 19 februari 2004, nr. 01/3131 AW en 01/3133 AW, LJN AO4184.

84 Zie expliciet CRvB 6 mei 1999, nr. 97/6269 AW, LJN AA3886 en CRvB 19 februari 2004, nr. 01/3131 AW en 01/3133 AW, LJN AO4184.

sprake was van een kenbaar risico op het ontstaan daarvan, maar de werkgever niettemin geen maatregelen heeft genomen. Een risico kan kenbaar zijn op basis van de omstandigheden, zoals bijvoorbeeld in de zaak van de kantonrechter Brielle, waarin een werkneemster die al fysiek beperkt was extra taken kreeg opgedragen en daarom kwetsbaar was,⁸⁵ of kan aan de werkgever kenbaar worden gemaakt doordat de werknemer aandacht vraagt voor zijn overbelasting, zoals in het geval van het overbelaste Hoofd van de technische dienst bij een museum.⁸⁶ De maatregelen kunnen variëren al naar gelang de omstandigheden van het geval, maar kunnen in elk geval bestaan uit het bieden van extra begeleiding en/of ondersteuning, het zorgen voor roulatie van belastend werk, het vergroten van de mogelijkheden om het werk zelf in te delen, aanpassing van werktijden, etc.

13.4.3 *Zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting naar Engels recht*

Het Engelse recht biedt het meeste aanknopingspunten voor een vergelijking met het Nederlandse recht waar het gaat om de vergoeding van psychisch letsel als gevolg van overbelasting. In de eerste plaats kent het Engelse recht, anders dan het Duitse en Amerikaanse, geen collectieve ongevallenverzekering maar een met Nederlands recht vergelijkbare aansprakelijkheid van de werkgever voor veilige en gezonde arbeidsomstandigheden. In de tweede plaats zijn in het Engelse recht met name in de laatste jaren een aantal rechterlijke uitspraken gewezen over de aansprakelijkheid voor stressschade en andere vormen van psychisch letsel waarin criteria zijn ontwikkeld die ook voor het Nederlandse recht leerzaam zijn. De belangrijkste van deze uitspraken zijn die van het *Court of Appeal* in *Sutherland v Hatton and three other appeals*⁸⁷ en de uitspraak van het *House of Lords* in één van deze vier appèlzaken, te weten in *Barber v Somerset County Council*.⁸⁸ Voorafgaand aan deze uitspraken waren door het *Court of Appeal* reeds twee andere uitspraken gedaan over de aansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel (*psychiatric injury*), in de zaken *Petch v Customs and Excise Commissioners*⁸⁹ en *Walker v Northumberland County Council*.⁹⁰ Deze twee uitspraken zullen eerst worden besproken alvorens wordt overgegaan naar *Sutherland v Hatton* en *Barber v Somerset County Council*. Ook enige andere uitspraken van lagere rechters zullen nog aan de orde komen.

85 Ktr. Brielle 30 september 2003, *JAR* 2003, 267.

86 CRvB 7 juli 1994, *TAR* 1994, 184.

87 [2002] IRLR 263; [2002] 2 All ER 1 (Court of Appeal). De drie andere zaken zijn: *Somerset County Council v Barber*, *Sandwell Metropolitan Borough Council v Jones* en *Baker Refractories Ltd v Bishop*.

88 [2004] UKHL 13; [2004] 2 All ER 835.

89 [1993] ICR 789 (Court of Appeal).

90 [1995] 1 All ER 737 (Queen's Bench Division).

HOOFDSTUK 13

De zaak *Petch* gaat over een werknemer die een glansrijke carrière heeft doorlopen bij de *Civil Service*, zeer gewaardeerd werd door zijn leidinggevenden en na een dienstverband van 13 jaar *assistant secretary* is geworden, een management functie op één niveau onder de raad van bestuur. Op een gegeven moment, in 1974, heeft hij een *mental breakdown* gekregen in de vorm van een manisch depressieve psychose. Na enige tijd is hij weer aan het werk gegaan. Omdat er toen problemen ontstonden, is hij overgeplaatst naar een andere afdeling. In 1983 is hij weer ziek geworden. Na enige tijd is hij weer teruggekeerd op het werk en heeft hij nog tot 1986 gewerkt. In de procedure staat de vraag centraal of de werkgever aansprakelijk is voor de instorting in 1974 en of de werkgever in de periode kort daarna onrechtmatig heeft gehandeld. De werkdruk waarmee de werknemer te maken had voorafgaand aan zijn ziekte in 1974 was erg hoog. De werknemer stelt dat door deze overbelasting zijn weerstand was verlaagd en dat hij vervolgens is ingestort doordat hij van zijn leidinggevenden leugens aan de vakbond moest vertellen. Dit zou bij hem een gewetenscrisis hebben veroorzaakt. De werkgever betwist hiertoe opdracht te hebben gegeven. Verder bestrijdt de werkgever dat de *breakdown* voorzienbaar was. Blijkens medische rapportage was de werknemer latent manisch depressief, maar was deze ziekte mogelijk nimmer aan de oppervlakte gekomen als hij op het werk niet onder druk had gestaan.

Het *Court of Appeal* neemt als uitgangspunt dat een werkgever verplicht is om een werknemer te vrijwaren van *mental injury* als gevolg van overbelasting. Het *Court of Appeal* is echter van mening dat het management van de *Customs and Excise Commissioners* niet wist of behoefde te weten dat de werknemer in 1974 op het punt van instorten stond. De werknemer had geen duidelijke signalen op dit punt afgegeven. Hij leek integendeel van zijn werk te genieten. Wel had hij tegen één van zijn leidinggevenden gezegd dat hij het werk waarbij hij met de vakbonden moest samenwerken niet meer kon doen, waarop de leidinggevende had gezegd dat hij het móést doen. De manager had uit de mededeling van de werknemer naar het oordeel van het *Court of Appeal* echter niet kunnen afleiden dat hij hem had moeten begeleiden en zijn zorgen had moeten wegnemen. Toen de werknemer het werk weer hervatte, kreeg hij een manische periode. De leidinggevenden trachtten hem ertoe te bewegen om zich ziek te melden, doch de werknemer wilde dit niet. Uiteindelijk werd hij overgeplaatst naar een andere afdeling. Het *Court of Appeal* oordeelt dat de leidinggevenden in deze periode na de zenuwinstorting correct hebben gehandeld jegens de werknemer. De werkgever is daarom niet aansprakelijk voor de door de werknemer gestelde schade.

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat een werkgever naar Engels recht in beginsel een verplichting heeft om maatregelen te nemen om te voorkomen dat een werknemer psychisch ziek wordt als gevolg van overbelasting. In onderhavige zaak was deze verplichting er naar het oordeel van het *Court of Appeal* echter niet omdat het psychisch letsel voor de werkgever niet voorzienbaar was. Hieraan was met name debet dat de werknemer zijn klachten niet duidelijk kenbaar had gemaakt. Verder was de rechter van mening dat de werkgever ook los daarvan niet onzorgvuldig had gehandeld.

In de zaak *Walker v Northumberland County Council*,⁹¹ algemeen beschouwd als een *landmark-decision* op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid voor *psychiatric injury*,⁹² werd wél aansprakelijkheid van de werkgever aangenomen voor het niet nemen van maatregelen om overbelasting van de werknemer te voorkomen. Walker werkte als leidinggevende bij een organisatie voor sociale dienstverlening en was nauw betrokken bij de opsporing en bestrijding van kindermisbruik. Hij kampte al jarenlang met een te hoge werkdruk en had dit ook meerdere keren aan zijn superieuren laten weten. Op enig moment stortte hij psychisch in. Zijn klachten waren emotionele uitputting, angstgevoelens, hoofdpijn, slapeloosheid, overgeprikkeldheid, onvermogen om met enige vorm van stress om te gaan, geneigdheid tot huilen en snel van slag zijn. De psychiater relateerde deze klachten aan het werk. Walker bleef vier maanden ziek thuis. In die tijd besprak hij zijn situatie met zijn leidinggevende. Deze zei hem toe dat hij in het vervolg extra ondersteuning zou krijgen. Walker hervatte daarop zijn werkzaamheden. De toegezegde steun bleek echter weinig in te houden en werd na korte tijd geheel ingetrokken. Het aantal dossiers waar Walker zich mee moest bezig houden, nam daarentegen snel toe. Zeven maanden na zijn hervatting kreeg Walker zijn tweede *mental breakdown*. Deze was zo ernstig dat Walker, zo wordt vermeld in de uitspraak, nooit meer zou kunnen terugkeren naar het werk dat hij gedurende twintig jaar had gedaan en ook nooit meer verantwoordelijk werk zou kunnen doen. Zijn zelfvertrouwen zou onherstelbaar zijn beschadigd. Circa een half jaar na de *breakdown* heeft de County Council Walker ontslagen vanwege voortdurende arbeidsongeschiktheid.

Het *High Court* acht de werkgever niet aansprakelijk voor de eerste *breakdown* van Walker, omdat het voor de werkgever toen niet voorzienbaar was dat de werkdruk zou leiden tot psychisch letsel. De werkgever wordt wel aansprakelijk gehouden voor de gevolgen van de tweede instorting. De werkgever had, aldus het *High Court*, moeten voorzien dat, indien er geen wijzigingen werden gebracht in de hoeveelheid en zwaarte van het werk, Walker opnieuw uit zou vallen. Met andere woorden, de werkgever had na de eerste ziekteperiode van Walker de verplichting om maatregelen te treffen om Walker tegen een tweede instorting te beschermen.⁹³

Anders dan in *Petch* nam de rechter in *Walker* wel aansprakelijkheid aan voor het psychisch letsel van *Walker*, dit omdat de rechter het letsel voorzienbaar achtte.

91 [1995] 1 All ER 737 (Queen's Bench Division).

92 Zie bijvoorbeeld K. Manji, "Occupational stress", *New Law Journal* 1996, p. 330.

93 Tegen de uitspraak van het *High Court* is door de werkgever hoger beroep ingesteld, maar hangende het hoger beroep hebben partijen een schikking getroffen in het kader waarvan aan *Walker* een bedrag van £ 175.000,- is betaald. Zie K. Manji, "Occupational stress, Karim Manji updates the case", *New Law Journal* 1996, p. 1516.

HOOFDSTUK 13

Een belangrijke rol hierbij heeft gespeeld dat *Walker* al eerder was ingestort en het voor de werkgever dus duidelijk was dat maatregelen geboden waren. Ook was duidelijk welke maatregelen nodig waren, namelijk het bieden van extra ondersteuning.

De in *Petch* en *Walker* uitgezette lijn is doorgetrokken en nader verfijnd in de uitspraken *Sutherland v Hatton and three other appeals*.⁹⁴ In deze vier uitspraken, die door het *Court of Appeal* gelijktijdig zijn behandeld, was door de werkgever hoger beroep ingesteld nadat in eerste instantie aan de werknemer schadevergoeding was toegekend vanwege stressgerelateerd psychisch letsel. In drie van de zaken vernietigde het *Court of Appeal* de uitspraak in eerste aanleg; één van de vier uitspraken werd door het *Court of Appeal* in stand gelaten.

De eerste twee uitspraken betroffen overspannen leraren op middelbare scholen (depressie en in het tweede geval ook een acute *breakdown*). De eerste leraar had nimmer gemeld dat zij dreigde te bezwijken onder te hoge werkdruk. De tweede leraar had dit wel aangegeven, maar volgens het *Court of Appeal* slechts in enkele bewoordingen en zonder zijn symptomen te vermelden. De leiding van zijn school wist wel dat de werkbelasting van de leraar hoog was, maar dat gold ook voor collega's die niet (ernstig) ziek zijn geworden. In beide zaken, zo oordeelde het *Court of Appeal*, was het de werkgever niet bekend en was het voor hem ook niet kenbaar dat psychische instorting dreigde en dat maatregelen geboden waren.⁹⁵ De vierde uitspraak betrof een werknemer die volledig instortte (onder andere een zelfmoordpoging deed) als gevolg van een wijziging van zijn takenpakket. De rechters namen geen aansprakelijkheid aan omdat (a) de werkgever niet wist of hoefde te weten dat ernstig psychisch letsel dreigde, en (b) zelfs als hij dat had geweten, hij niets had kunnen doen omdat de oude functie van de werknemer er niet meer was. Het was aan de werknemer zelf geweest om ander werk te zoeken.

In de derde uitspraak (*Sandwell Metropolitan Borough Council v Jones*) wordt de werkgever door het *Court of Appeal* wél aansprakelijk gehouden voor de psychische arbeidsongeschiktheid van Jones (die blijkens de uitspraak in elk geval twee jaar heeft geduurd en het gevolg was van een angststoornis en een depressie gecombineerd met pleinvrees en dwangmatige symptomen). Jones was een jonge werkneemster die een zeer zware en zeer verantwoordelijke functie had, hetgeen bij de werkgever bekend was. Zij moest onder andere maandelijks claims indienen bij een *training and expertise council*. Het hele functioneren van de organisatie hing daarvan af. Jones werkte veel meer dan de 37 overeengekomen uren. Bij personeelszaken hadden ze erkend dat het een risico was om één persoon het werk van twee of drie te laten doen, dus het was bekend dat de functie (te) zwaar was. Jones klaagde al snel over de werkdruk. Tot twee keer toe werd aan haar hulp toegezegd, maar kwam deze niet. Jones legde haar

94 [2002] IRLR 263; [2002] 2 All ER 1 (Court of Appeal).

95 De uitspraak in de tweede zaak is door het *House of Lords* vernietigd op de grond dat de werkgever wél was tekort geschoten in zijn zorgplicht jegens de leraar. Zie verderop.

klachten neer in een document van vijf pagina's. Uiteindelijk diende zij ook een formele klacht in over intimidatie door haar leidinggevende. Daarna werd zij ziek. Het *Court of Appeal* oordeelde – “*not without hesitation*” – dat de werkgever wist dat de werkbelasting te hoog was, wist dat Jones klaagde over haar chef en wist dat de chef ten onrechte geen maatregelen nam. Daarom was de werkgever aansprakelijk voor de schade van Jones.

Ook in deze zaak werd aansprakelijkheid aangenomen omdat het voorzienbaar was dat de werkneemster psychisch zou instorten, maar de werkgever desalniettemin geen maatregelen had genomen.⁹⁶

In één van de vier hier besproken zaken is, zoals gezegd, beroep ingesteld bij het *House of Lords*, namelijk in *Barber v Somerset County Council*.⁹⁷ In dit hoger beroep stond de vraag centraal of het oordeel van het *Court of Appeal* dat de psychische ziekte van Barber niet voorzienbaar was voor de werkgever juist was of dat het *Court of Appeal* ten onrechte de oorspronkelijke beslissing van het *County Court*, waarbij de werkgever wel aansprakelijk was gehouden voor de ziekte van Barber, had vernietigd.⁹⁸ Zoals gezegd had de zaak betrekking op een overspannen leraar op een middelbare school. Barber werkte vanaf 1983 als *Head of the Mathematics Department*. Als gevolg van een reorganisatie, die noodzakelijk was geworden door een teruglopend aantal aanmeldingen ging Barber, teneinde op zijn oude salarisoniveau te kunnen blijven functioneren, vanaf 1995 naast zijn taken voor het *Mathematical Department* tevens de functie van *Project Manager for public and media relations* vervullen. Barber maakte lange werkweken in beide functies, van circa 60 tot 70 uur per week, en werkte vaak ook in de avonden en weekends. Eind 1995 begon Barber hierdoor spanningen te ondervinden. In februari 1996 klaagde hij bij de adjunct-directeur over een te hoge werkdruk. In dezelfde periode meldde hij zich meerdere keren met klachten bij zijn huisarts. In mei 1996

96 Voorafgaand aan de bespreking van de vier zaken in *Sutherland v Hatton* heeft het *Court of Appeal* algemene richtlijnen gegeven voor de beoordeling van aansprakelijkheid voor psychisch letsel als gevolg van stress/overbelasting, waarin het criterium van de voorzienbaarheid nader is uitgewerkt en waarin is aangegeven hoe moet worden beoordeeld of het nemen van maatregelen vereist is. Op deze richtlijnen zal in § 13.5.2 en § 13.5.4 nader worden ingegaan.

97 [2004] UKHL 13; [2004] 2 All ER 835.

98 Het *Exeter County Court* had Barber een schadevergoeding toegekend van £ 101.000,-. Door het *Court of Appeal* werd, zoals gezegd, aansprakelijkheid van de hand gewezen, maar werd tevens geoordeeld dat, als wel aansprakelijkheid zou moeten worden aangenomen, de schadevergoeding in elk geval op een te hoog bedrag was vastgesteld omdat geen rekening was gehouden met de kans dat Barber, de gebeurtenissen op zijn school weggedacht, ook op enig moment ziek zou zijn geworden. Het *Court of Appeal* becijferde de schade daarom op £ 72.547,02. Tegen dat oordeel van het *Court of Appeal* heeft Barber geen beroep aangetekend.

HOOFDSTUK 13

bleef Barber gedurende drie weken thuis vanwege stress en depressie. Toen hij terugkeerde, had hij drie afzonderlijke gesprekken met de directeur en de twee adjunct-directeuren. Twee van hen hadden geheel geen oor voor zijn klachten. De derde toonde zich wel bezorgd, maar ondernam geen verdere actie. In november stortte Barber in en werd bij hem een *moderate or severe depression* vastgesteld. Nadien heeft hij niet meer als leraar gewerkt.

Het *House of Lords* is op basis van deze feiten van oordeel dat er onvoldoende grond was voor het *Court of Appeal* om de beslissing van het *County Court* opzij te zetten. Het *Court of Appeal* heeft, aldus het *House of Lords*, te weinig belang gehecht aan het feit dat Barber in mei 1996 gedurende drie weken afwezig was wegens stress en depressie en dat hij na terugkeer in drie afzonderlijke gesprekken met de directie van de school aandacht heeft gevraagd voor zijn problemen. Vanaf dat moment had de directie, naar het oordeel van het *House of Lords*, aandacht moeten hebben voor de problemen van Barber en stappen moeten ondernemen om hem te helpen. Zelfs een kleine vermindering van zijn taken in combinatie met emotionele steun had Barber kunnen helpen. In elk geval had de directie in de gaten moeten houden hoe zijn situatie zich ontwikkelde. De directie heeft echter niets gedaan en is daarom aansprakelijk voor de schade van Barber.

Bij de invulling van de *duty of care* is met name van belang, zo blijkt uit *Barber* en ook uit *Petch v Customs and Excise Commissioners*,⁹⁹ *Walker v Northumberland County Council*,¹⁰⁰ en *Sutherland v Hatton and three other appeals*,¹⁰¹ dat voorzienbaar is dat de werknemer *psychiatric injury* zal oplopen door het werk en dat de werkgever gehouden is om maatregelen te treffen. Het is niet voldoende, zo blijkt uit de zaak *Bonser v UK Coal Mining Ltd.*,¹⁰² dat voorzienbaar is dat een werknemster stress zal ontwikkelen doordat zij aan zware eisen moet voldoen op het werk. In die zaak oordeelde het *Court of Appeal* dat het voor de werkgever niet kenbaar was dat er een risico op *psychiatric injury* bestond. Het was duidelijk dat werknemster Bonser zwaar belast was en daarmee dat enige vorm van stress voorzienbaar was. De werkgever kon echter, bij gebreke aan heldere signalen van de werknemster, niet weten dat zij zich op het randje van een geestelijke instorting bevond. Het *Court of Appeal* vond het in dit opzicht onvoldoende dat de werknemster *tearful and upset* had gereageerd tijdens een gesprek waarbij haar werd gezegd dat zij haar vakantie zou moeten uitstellen vanwege de werkdruk. Ook in de zaak *Cross v Highlands and Islands Enterprise*¹⁰³ werd geen zorgplicht van de werkgever aangenomen. Deze zaak betrof een veelbelovende manager die zijn werk steeds goed had verricht, maar op een gegeven moment depressief raakte en uiteindelijk zelfmoord pleegde. Zijn weduwe vorderde, mede namens

99 [1993] ICR 789 (Court of Appeal).
 100 [1995] 1 All ER 737 (Queen's Bench Division).
 101 [2002] IRLR 263; [2002] 2 All ER 1 (Court of Appeal).
 102 [2003] EWCA Civ 1296 (Court of Appeal).
 103 [2001] IRLR 336 (Scottish Court of Session).

haar twee dochters, schadevergoeding van de werkgever. De rechter was echter van oordeel dat de werkgever geen verwijt trof. Daartoe oordeelde de rechter, het Schotse *Court of Session*, in de eerste plaats dat niet was komen vast te staan dat de werknemer door het werk ziek was geworden:

" (...) the evidence does not establish that objectively the job was the problem. For all the defenders knew, they were dealing with an employee who, for reasons that were not clear, had become unable to cope with the job that he had previously managed successfully."¹⁰⁴

Het *Court of Session* overwoog dat de werkgever wel gehouden was om maatregelen te nemen ter verlichting van het takenpakket van de werknemer, nu deze had aangegeven dat hij problemen ondervond door zijn werklast en hij vervolgens gedurende twee maanden ziek was geweest vanwege stress. Naar het oordeel van het *Court of Session* had de werkgever in dit opzicht echter voldoende gedaan. De leidinggevende van de werknemer was namelijk, op het moment dat de werknemer weer terugkeerde op het werk na zijn ziekte, naar hem toegegaan en had bijna de hele dag met hem doorgebracht. Tijdens die dag hadden zij gesproken over de taken van de werknemer en over zijn ideeën voor de toekomst. Vanaf die dag had de leidinggevende de werknemer ander soort taken gegeven. Verder had hij hem voorgesteld om bij te houden welk werk hij precies deed, zodat zij dit regelmatig konden evalueren. Vervolgens zouden ook enige telefoongesprekken zijn gevoerd. Naar het oordeel van de rechter was de werkgever hiernaast niet ook gehouden om extra training aan te bieden, de functie van de werknemer structureel te wijzigen, een coach aan te stellen of de werknemer naar een psychiater te verwijzen, met name niet omdat de werkgever niet op de hoogte was van de aard en de ernst van de depressie van de werknemer en er ook geen sprake was van een onmogelijk zware functie:

"If it had been established that the job, viewed objectively, constituted an unmanageable burden for anyone, and that the defenders were or ought to have been aware of that, complete reappraisal of the job would no doubt have been required. But in my view, when all that the defenders knew was that James Cross had been ill and had attributed his illness to stress at work, it cannot be said that it was unreasonable of the defenders to address the matter in the first instance by lightening his workload on an *ad hoc* and temporary basis when he returned to work."¹⁰⁵

Het *Court of Session* vond in deze zaak dus dat de werkgever wel een zekere, maar niet een heel verstrekkende zorgplicht had, omdat wel duidelijk was geworden dat de werknemer stress ondervond en daardoor ziek was geweest, maar onvoldoende vaststond dat de functie van de werknemer zodanig zwaar

104 Para 86.

105 Para 86.

HOOFDSTUK 13

was dat deze structureel gewijzigd moest worden. Aan deze beperkte zorgplicht had de werkgever voldaan, zodat er geen grond was voor aansprakelijkheid voor de gevolgen van de zelfdoding van de werknemer.

In de Engelse juridische literatuur zijn de uitspraken waarin is geoordeeld dat een werkgever een werknemer niet in strijd met zijn zorgplicht dient bloot te stellen aan situaties waarin het ontstaan van ziekten als burn-out voorzienbaar is, over het algemeen positief begroet. Door sommige schrijvers wordt de mogelijkheid van aansprakelijkheid voor stressziekten als enige grens gezien aan het streven van bedrijven om zo *lean and mean* mogelijk te produceren. Zo zien Smith en Thomas in hun standaardwerk over Industrial Law deze vorm van aansprakelijkheid als:

“possibly the only effective counterweight to what has seemed in recent years an irresistible movement in so many kinds of employment to demand more and more work of fewer and fewer employees and call it economic efficiency.”¹⁰⁶

Ook de *Law Commission* is positief. In haar *Consultation Paper* dat is voorafgegaan aan het *Final Report*, schrijft de *Law Commission* de uitspraak in *Walker* te beschouwen als een “logical and just application of the law on safety at work to psychiatric illness”¹⁰⁷ en geeft zij aan dat:

“subject to standard defences, there should be liability where an employer has negligently overburdened its employee with work thereby foreseeably causing him or her to suffer a psychiatric illness.”¹⁰⁸

In haar *Final Report* merkt de *Law Commission* op dat 93% van de respondenten heeft aangegeven zich met deze visie te kunnen verenigen. Wel hebben verschillende respondenten gewezen op moeilijkheden die zich kunnen voordoen als gevolg van de uitspraak in *Walker*. De *Law Commission* is evenwel van mening dat wetgeving niet de juiste weg is om deze moeilijkheden op te lossen, maar dat het beter is om vragen rondom *foreseeability* en *causation* aan de rechtspraak over te laten.¹⁰⁹

Met betrekking tot de zorgplicht van de werkgever om ziekte door overbelasting te voorkomen, zoals deze met name in *Walker* is geformuleerd, wordt in de Engelse literatuur benadrukt dat (1) deze verplichting alleen bestaat als de werk-

106 I.T. Smith and G. Thomas, *Industrial Law*, Londen 1996, p. 656-657. In dezelfde zin D. Nolan, “Recovering Damages for Psychiatric Injury at Work”, *Industrial Law Journal* 1995, p. 284.

107 Law Commission, *Consultation Paper* No. 137, Londen 1998, § 5.62.

108 Law Commission, *Consultation Paper* No. 137, Londen 1998, § 5.63.

109 Law Commission, *Liability for psychiatric illness*, Report no. 249, Londen 1998, p. 116.

gever wist of had moeten weten dat psychisch letsel voorzienbaar was, en (2) dat uitgangspunt daarbij is dat een werknemer over een normale weerstand beschikt, tenzij bekend is dat dit anders is. Ten aanzien van (1) wordt voorts opgemerkt dat aan deze eis vermoedelijk niet snel voldaan zal zijn, gelet op het feit dat in *Walker* ook pas aansprakelijkheid voor de tweede instorting werd aangenomen en niet voor de eerste.¹¹⁰ Verder wordt er op gewezen dat met name in management functies het moeilijk zal zijn om vast te stellen dat een burn-out voorzienbaar was. In veel van deze functies behoort een zekere hoeveelheid stress tot het werk. Een werkgever zou daarom mogen verwachten dat een manager daarmee kan omgaan, tenzij de manager aantoont dat de werkgever wist of had moeten weten dat hij te zwaar belast was.¹¹¹ Kan de manager dit niet bewijzen, dan zal de conclusie vrij snel zijn dat zijn burn-out het gevolg is van het feit dat hij de capaciteiten mist voor zijn functie in plaats van dat sprake is van overbelasting.¹¹²

In het rapport van de *Law Commission* wordt naar voren gebracht dat het moeilijk kan zijn om de verplichting van een werkgever om een redelijke zorg te betrachten ten aanzien van de geestelijke gezondheid van een werknemer, te verenigen met de taak van een werkgever om een onderneming efficiënt te leiden.¹¹³ In *Sutherland v Hatton* wordt hierop voortgeborduurd en wordt aangegeven dat een werkgever, ook indien psychisch letsel voorzienbaar is, niet steeds gehouden is om maatregelen te nemen. Bij het beoordelen of hij maatregelen had moeten treffen, en zo ja welke, is volgens de Engelse rechter ook de omvang en soort van de onderneming van belang, de middelen waarover de onderneming beschikt, of het een private of een publieke organisatie is en welke andere eisen aan de onderneming worden gesteld. Veelal zal het voldoende zijn, aldus het *Court of Appeal*, als een werkgever vertrouwelijke begeleiding/therapie aanbiedt aan werknemers die wegens overbelasting dreigen uit te vallen. Dit is alleen anders indien de werkgever volkomen onredelijke eisen aan een werknemer heeft gesteld in een situatie waarin het risico op ziekte kenbaar was.¹¹⁴ Barrett heeft naar aanleiding van deze overwegingen opgemerkt dat de uitspraken van het *Court of Appeal* meer perspectief lijken te bieden aan werkgevers dan aan werknemers. Als de omstandigheden van de werkgever zwaar meewegen, zal het in veel gevallen aan de werknemer zijn om ofwel het risico op ziekte te accepteren ofwel ander werk te zoeken.¹¹⁵

110 Manji, *New Law Journal* 1996, p. 331; en B. McKenna, "Stress injuries at work", *New Law Journal* 1994, p. 1655.

111 S. Deakin and G.S. Morris, *Labour Law*, Londen 1998, p. 323; B. Barrett, "Work-induced stress", *Industrial Law Journal* 1995, p. 351.

112 Zie ook Barret, *Industrial Law Journal* 1995, p. 351.

113 Law Commission, 1998, p. 116.

114 [2002] IRLR 263; [2002] 2 All ER 1 (Court of Appeal), sub 17 en 33.

115 B. Barrett, "Clarification of Employers' Liability for Work-related stress", *Industrial Law Journal* 2002, p. 293-294.

HOOFDSTUK 13

13.4.4 *Zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting naar Duits recht*

Burn-out en vergelijkbare ziekten geven geen recht op een uitkering op grond van de wettelijke ongevallenverzekering, zoals neergelegd in het *Sozial Gesetzbuch* (SGB), die het Duitse recht kent. Burn-out staat namelijk niet op de lijst van erkende beroepsziekten die in het kader van deze verzekering wordt gehanteerd. Ditzelfde geldt voor overspannenheid/surmenage en depressie.¹¹⁶

Zoals is besproken in § 8.3.1 lijkt het mogelijk dat een werknemer zijn werkgever buiten het SGB om aansprakelijk stelt voor de gevolgen van burn-out, nu burn-out niet wordt aangemerkt als een arbeidsongeval of beroepsziekte als bedoeld in het SGB, het SGB dus niet van toepassing is en de uitsluiting van civielrechtelijke aansprakelijkheid buiten het SGB om dus evenmin. Een werknemer zou aan een vordering tot vergoeding van schade als gevolg van burn-out § 618 BGB (een met artikel 7:658 BW vergelijkbaar artikel) ten grondslag kunnen leggen of schending door de werkgever van diens *Fürsorgepflicht*.¹¹⁷

In de praktijk komt een dergelijke aansprakelijkstelling echter sporadisch voor. In de rechtspraak zijn drie oudere uitspraken (uit respectievelijk 1967, 1980 en 1982) te vinden waarin is geoordeeld dat een werkgever van een werknemer geen onmogelijke arbeidsprestatie mag verlangen. In de eerste uitspraak, uit 1967, werd de werkgever op grond van § 618 BGB aansprakelijk gehouden voor de fysieke en psychische ziekte van de werknemer die het gevolg was van overbelasting.¹¹⁸ Het ging in die zaak om een leidinggevende die overspannen raakte en een beroerte kreeg met linkszijdige verlamming tot gevolg nadat hij gedurende lange tijd (omstreeks twee jaar) 14 tot 16 uur per dag had gewerkt alsmede in de week-ends en op feestdagen. Vakantie had hij in die periode niet kunnen opnemen. De werknemer stelde dat zijn ziekte het gevolg was van de grote hoeveelheid werk die hem was toegeschoven en vorderde van zijn werkgever vergoeding van zijn schade. Het *Landesarbeitsgericht* (LAG) wees zijn vordering af omdat de werknemer als hooggeplaatste functionaris geen recht zou hebben op strikte arbeidstijden. Verder zou zijn gezondheid al niet goed zijn geweest toen hij in dienst trad en zou hij daarom hebben geweten wat hij deed toen hij de zware functie aanvaardde. Het *Bundesarbeitsgericht* (BAG) oordeelt anders.

Het BAG overweegt dat een werkgever op grond § 618 lid 1 BGB verplicht is het werk zo te organiseren dat een werknemer voor zover redelijkerwijs mogelijk beschermd wordt tegen gevaar voor zijn leven en zijn gezondheid. Dit houdt ook in dat een werkgever een werknemer tegen te hoge werkdruk moet beschermen, althans in elk geval indien moet worden aangenomen dat de werkgever in grote lijnen op de hoogte is van de zwakke gezondheid van de werknemer. Het LAG had, indien het de verstrekte

116 Zie over deze ongevallenverzekering: § 8.2.

117 Zie § 8.4.

118 BAG, 13.3.1967, NJW 1967, 1631. Zie ook § 8.3.2.

informatie onvoldoende vond, de werknemer tot het bewijs moeten toelaten dat hij op enig moment tegen zijn werkgever heeft gezegd dat hij op het punt van instorten stond. Wel is het BAG het met het LAG eens dat de zorgplicht van de werkgever een andere inhoud heeft in geval van een leidinggevende dan in geval van een 'gewone' werknemer. Ook bij leidinggevendens dient echter voorkomen te worden dat zij hun gezondheid in gevaar brengen door overwerk. Dat kan mede inhouden dat de werkgever de werknemer aanspoort om vakantie op te nemen. Het BAG verwijst de zaak terug naar het LAG.

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat ook de Duitse rechter, evenals de Nederlandse en Engelse, van oordeel is dat een werkgever verplicht is om maatregelen te nemen om een werknemer tegen ziekte door overbelasting te beschermen. Deze maatregelen kunnen onder meer inhouden dat de werkgever de werknemer aanspoort op vakantie op te nemen.

In twee andere uitspraken, waarin geen schadevergoeding werd gevorderd maar onverbindendverklaring van een CAO-regeling, oordeelde het BAG dat het in strijd is met het recht op respect voor de menselijke waardigheid om een onmogelijke arbeidsprestatie van een werknemer te verlangen.¹¹⁹

De eerste uitspraak betrof de verenigbaarheid van een CAO-regeling inzake beschikbaarheidsdiensten voor artsen met het algemeen persoonlijkheidsrecht van werknemers. Het BAG vond dat de bewuste CAO-regeling niet teveel van de artsen vroeg, maar gaf aan dat, indien dit anders was geweest, – dat wil zeggen indien wel een onmogelijke taakvervulling was geëist – er sprake zou zijn van geweest van een inbreuk op de menselijke waardigheid van de artsen.

In de tweede uitspraak oordeelde het BAG dat een CAO-regeling wél een onmogelijke taakvervulling van artsen verlangde. Uit de regeling vloeide voort dat een arts vanaf 21.00 uur 's avonds tot en met het einde van de volgende werkdag moest werken zonder dat zijn werktijd werd onderbroken door een rusttijd van zes uur. Het BAG oordeelde dat het in strijd is met het grondwettelijk recht van een ieder op respect voor de menselijke waardigheid en op de ontwikkeling van de persoonlijkheid¹²⁰ om te verlangen dat een werknemer meer dan 24 uur achter elkaar werkt zonder onderbreking door een voldoende lange rusttijd. Een dergelijke opdracht gaat het menselijk prestatievermogen te boven en maakt inbreuk op het recht van een werknemer om over privé-tijd te kunnen beschikken.¹²¹

Een werkgever mag, zo kan uit deze uitspraken worden afgeleid, geen onmogelijke arbeidsprestatie van een werknemer verlangen en dient in elk geval te zorgen voor een voldoende lange rusttijd. Wat een onmogelijke arbeidsprestatie is,

119 BAG, 26.11.1980, AP nr. 6 zu § 17 BAT; BAG, 24.2.1982, NJW 1982, 2140. Zie ook § 8.3.2. Zie hierover ook Th. Thees, *Das Arbeitnehmer-Persönlichkeitsrecht als Leitidee des Arbeitsrechts*, diss. Berlijn 1995, p. 274-275.

120 Art. 2 I juncto art. 1 I van de Duitse Grondwet.

121 BAG, 24.2.1982, NJW 1982, 2140. Zie ook Thees, diss. 1995, p. 275.

HOOFDSTUK 13

wordt in de uitspraken niet nader gespecificeerd. Vanwege het ontbreken van verdere uitspraken is ook niet aan te geven wat de Duitse rechter hieronder verstaat. Wel is ook in Duitsland, mede ter uitvoering van EU-verplichtingen,¹²² wetgeving tot stand gekomen waarin grenzen worden gesteld aan het aantal te werken uren en waarin regels worden gegeven omtrent het opnemen van pauzes.

In de Duitse literatuur is naar aanleiding van de uitspraak van het BAG in de zaak van de overspannen leidinggevende opgemerkt dat een werkgever op grond van § 618 BGB gehouden is om overbelasting van een werknemer te voorkomen en om bij de toewijzing van werk rekening te houden met hem bekende kwetsbaarheden van de werknemer, zoals een bepaalde ziekte.¹²³ Ook is betoogd dat een werkgever zich, op grond van zijn verplichting om het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer te beschermen, actief dient bezig te houden met de bescherming van de gezondheid van de werknemer en dient te voorkomen dat deze zich 'vrijwillig' uitbuit ('*freiwillige Selbstausbeutung*').¹²⁴

13.4.5 *Zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting naar Amerikaans recht*

Zoals is opgemerkt in § 13.3.1 kan in het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht op grond van FELA psychisch letsel als gevolg van overbelasting alleen dan recht geven op schadevergoeding als de psychisch zieke werknemer tevens fysiek in gevaar heeft verkeer. Dit zal niet vaak het geval zijn omdat psychisch letsel door overbelasting doorgaans niet het gevolg is van schending van een verplichting ter voorkoming van fysiek letsel. Meer mogelijkheden voor het verkrijgen van een vergoeding voor burn-out en vergelijkbare ziekten biedt het Amerikaanse *workers' compensation* recht. Daarbij gaat het, zoals onder meer besproken in § 9.2, in theorie om een vergoeding op no-fault basis, maar wordt in feite, in elk geval in die staten waarin de *unusual stress test* wordt toegepast, getoetst of sprake is van een tekortkoming van de werkgever.¹²⁵ In die gevallen is uit de rechtspraak dan ook af te leiden wanneer een werkgever een zorgplicht heeft ter voorkoming van ziekte door overbelasting en wat die zorgplicht inhoudt.

Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van het *Wyoming Supreme Court* in de zaak van een vrachtwagenchauffeur die geestelijk was ingestort en een depressie

122 Zoals richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, *PB L 307*, blz. 18.

123 T. Dieterich, P. Hanau, G. Schaub, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, München 2001, p. 1581.

124 Thees, diss. 1995, p. 277.

125 Ook bij de *traumatic event test* kan worden getoetst of sprake is van een tekortkoming. Deze toets is echter niet ter zake doende waar het gaat om ziekten als burn-out omdat deze slechts zelden het gevolg zijn van een bepaalde traumatische gebeurtenis, maar meestal geleidelijk ontstaan door langdurige overbelasting.

had ontwikkeld als gevolg van zijn arbeidsomstandigheden.¹²⁶ De vrachtwagenchauffeur had jarenlang gewerkt als *bid driver*, hetgeen inhield dat hij werkte op basis van een vast werkrooster en op vaste dagen vrij had. Als gevolg van een reorganisatie werd hij echter tewerkgesteld als *extra-board driver*. Dat betekende dat hij 24 uur per dag opgeroepen kon worden en dat hij alleen betaald kreeg over de uren die hij werkte. Hierdoor raakte zijn privé-leven ontregeld. Nadat hij een jaar als *extra-board driver* had gewerkt, begon de werknemer last te krijgen van vermoeidheid en fysieke klachten. Een jaar later werd hij weer aangesteld als *bid driver*, maar deze positie werd hem drie maanden later weer ontnomen. Korte tijd daarna stortte de werknemer geestelijk in.

Het *Wyoming Supreme Court* oordeelde dat de werknemer niet in moeilijker omstandigheden had hoeven te werken dan de andere vrachtwagenchauffeurs bij de onderneming. Niettemin kon hij wel aanspraak maken op een vergoeding omdat zijn ziekte het gevolg was van "*a situation or condition in employment that is of greater magnitude than the day-to-day mental stresses and tensions all employees usually experience.*"

Het *Wyoming Supreme Court* was aldus van mening dat de vrachtwagenchauffeur onder ongewoon belastende werkomstandigheden had moeten werken. Hiermee doelden de rechters op het feit dat de positie van de werknemer herhaaldelijk door de werkgever was gewijzigd. Kennelijk vond de rechter dat de werkgever had kunnen voorzien dat de werknemer daardoor ziek zou worden.

Door het *Iowa Supreme Court* werd in de zaak *Dunlavey v. Economy Fire & Cas. Co.*¹²⁷ geoordeeld dat een werknemer die psychisch ziek (ernstige depressie, waaronder een ziekenhuisopname) was geworden door overbelasting op het werk en een onzorgvuldige handelwijze door zijn werkgever aanspraak kon maken op *workers' compensation*. Deze zaak betrof een werknemer die gedurende 30 jaar voor verzekeringsbedrijven had gewerkt, waarvan negen jaar voor *Kemper Insurance* tot aan het moment dat dit bedrijf fuseerde met *Economy Fire & Casualty Company*. Tot aan de fusie had de werknemer zijn werkzaamheden altijd goed verricht en had hij geen last gehad van psychische klachten. Na de fusie werden er, naar zijn zeggen, verschillende wijzigingen doorgevoerd in zijn takenpakket, waardoor zijn werkbelasting sterk toenam. Onder meer moest hij uitgebreider toezicht gaan houden op schaderegelaars, moesten claims op een andere wijze behandeld worden, en moest hij dossiers van *Economy* verwerken terwijl hij nog bezig was om dossiers van *Kemper* om te zetten in dossiers van *Economy*. Hij zou veel hebben moeten overwerken gedurende de week en in het weekend. Ondanks deze extra inspanningen was zijn functioneren als 'nauwelijks acceptabel' beoordeeld. Daarnaast stelden de werknemer en een collega dat oud *Kem-*

126 *Consolidated Freightways v. Drake*, 678 P.2d 874 (Wyoming Supreme Court, 1984).

127 526 N.W. 2d 845 (Iowa 1995).

HOOFDSTUK 13

per-werknemers meer taken moesten uitvoeren, meer uren moesten werken en onder een hogere werkdruk stonden dan oud Economy-werknemers. Bovendien zouden oud-Kemper werknemers het gevoel hebben gekregen dat zij systematisch het bedrijf uit werden gewerkt en zouden meerderen van hen daarom zelf al zijn weggegaan. De werkgever ontkende dat de werknemer onder een hoge werkdruk had moeten werken. Werknemers van Economy verklaarden dat de werkdruk van de werknemer niet hoger was dan de gebruikelijke werkdruk in de onderneming.

De *Deputy Industrial Commissioner* oordeelde in eerste aanleg dat de werknemer een depressie had ontwikkeld als gevolg van werkstress die ernstiger was dan de dagelijkse belasting die alle werknemers moeten verdragen. Deze beslissing werd bevestigd door de *Industrial Commissioner* en door het *District Court*. Het *Iowa Supreme Court* oordeelde dat psychisch letsel als gevolg van *unusual stress* aanspraak geeft op een vergoeding krachtens de *workers' compensation* wetgeving. De vergelijking of sprake is van *unusual stress* moet gemaakt worden met werknemers in dezelfde of een vergelijkbare functie. De zaak werd vervolgens terugverwezen naar de *Industrial Commissioner*. Deze oordeelde dat de werknemer had aangetoond dat zijn belasting groter was dan die van de andere schaderegelaars bij de werkgever. Voldoende aannemelijk was geworden dat de schaderegelaars die voorheen voor Kemper hadden gewerkt, zwaarder werden belast dan de andere schaderegelaars van de werkgever. Daarom had de werknemer recht op *workers' compensation*.

In deze zaak was evident sprake van onzorgvuldig handelen door de werkgever, namelijk het op ongunstige wijze behandelen door de werkgever van de werknemers afkomstig van een door hem overgenomen bedrijf in vergelijking tot de werknemers die reeds bij hem in dienst waren. Door deze ongelijke behandeling kon gezegd worden dat de werkbelasting van de werknemer zwaarder was dan die van collega's. Was geen sprake geweest van ongelijke behandeling, dan was het voor de werknemer veel moeilijker geweest om aan te tonen dat in zijn geval sprake was van buitengewone omstandigheden.

Een derde uitspraak tenslotte waarin werd geoordeeld dat sprake was van *unusual stress* betrof een door overbelasting ziek geworden leraar.¹²⁸

Een werkneemster die verantwoordelijk was voor het ontwikkelen en het onderwijzen van een programma voor getalenteerde leraren raakte arbeidsongeschikt als gevolg van stressklachten. Haar werkgever had de inhoud van haar functie aanzienlijk gewijzigd en had haar verplicht om extra taken te vervullen en veel te reizen. Vervolgens uitte de werkgever kritiek op de wijze waarop de werkneemster haar functie vervulde.

128 *Caron v. Maine School Administration*, 594 A.2d 560 (Me. 1991). Hierover Michael K. Nisbet, "Workers' Compensation and Teacher Stress", 28 *Journal of Law & Education* 531 (1999). Zie ook *Stokes v. First National Bank*, 377 S.E.2d 922 (S.C. Ct. App. 1988) – *nervous breakdown* van een werknemer als gevolg van een enorme toename van werkdruk en verantwoordelijkheden. De werknemer werkte 16 tot 18 uur per dag op zeven dagen per week.

De werknemster werd daarop ziek en verzocht om toekenning van *workers' compensation*. De werkgever was van mening dat er geen sprake was van causaal verband tussen werk en ziekte omdat de werknemster niet zwaarder belast zou zijn dan andere werknemers in een vergelijkbare functie. De rechter deelde dit oordeel niet. Volgens de rechter was de belasting van de werknemster uitzonderlijk hoog en *unusual* in vergelijking met de belasting van een gemiddelde werknemer en moest daarom worden aangenomen dat zij ziek was geworden door het werk.

Ook in deze zaak was sprake van onzorgvuldig handelen van de werkgever, namelijk het zodanig verzwaren van de functie van de werknemster dat zij deze niet goed meer kon vervullen, en het vervolgens uiten van kritiek op de wijze van functievervulling.

Uitvoeringsinstanties van de *workers' compensation* wetten en rechters nemen overigens niet snel aan dat sprake is van buitengewone stress. Omstandigheden als technologische ontwikkelingen, de invoering van nieuwe digitale systemen, onvriendelijke leidinggevendens, lange werkdagen, onderbezetting, reorganisaties, en vervelende collega's worden gezien als behorende tot het moderne arbeidsleven. Typierend in dit opzicht is een citaat van de *Industrial Commissioner* te Iowa:

"The workplace is often not a particularly enjoyable location for many individuals. Bosses and supervisors are not commonly known for being kind and nurturing. Work is often hard and hours are often difficult." (...) "in today's employment setting, employees are faced with increased work loads, demanding supervisors and employers, staffing cutbacks and reassignments, and an overall attitude that more must be done with less."¹²⁹

Dergelijke omstandigheden worden echter niet aangemerkt als *unusual* en geven daarom geen recht op een vergoeding in geval van toepassing van de *unusual stress test*. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak waarin aan een administratieve medewerkster, die ernstig depressief was geraakt na de verhuizing van haar bedrijf en een herverdeling van taken, *workers' compensation* werd ontzegd.¹³⁰

De *Industrial Commissioner* was van oordeel dat geen sprake was van *unusual stress*. De verhuizing van het bedrijf vond niet onverwacht plaats, maar was uitgesmeerd over een periode van drie jaar. De werknemster had moeten leren om met nieuwe computer- en telefoonsystemen om te gaan en had andere werknemers daarin moeten trainen. Daarin weken de werkomstandigheden van de werknemster echter niet af van die van andere werknemers, zo oordeelde de *Commissioner*. De *Commissioner* stelde

129 *Wolfram v. Midwest Gynaecologists, P.C.* No. 1020266 (Iowa Industrial Commissioner, Nov. 18, 1993). Zie ook Marvin E. Duckworth and Tina M. Eick, "Recent Developments in Mental/Mental Cases under the Iowa Workers' Compensation Law", *Drake Law Review* 1997, 809-838., sub IV.A.

130 *Demirjean v. Principal Financial Group, Inc.*, No. 1014925 (Iowa Industrial Commissioner, Aug. 31, 1994).

HOOFDSTUK 13

verder vast dat de werknemster een lange geschiedenis van psychische problemen had, waaronder herhaalde zelfmoordpogingen, en dat zij een scheiding en een breuk met haar kerk had meegemaakt. Daarom was niet aannemelijk dat het werk haar ziekte had veroorzaakt. De *Commissioner* merkt op dat “*although claimant has shown conditions at her workplace that are less than ideal, they do not rise to the level of stress greater than that experienced by all employees.*”

De werkgever in deze zaak had niet onzorgvuldig gehandeld aangezien de verhuizing zeer geleidelijk had plaatsgevonden. Dat de werknemster moest leren omgaan met allerlei nieuwe apparatuur behoorde tot haar werkzaamheden. De werkgever kon hiervan geen verwijt worden gemaakt.

Ook het verzoek om *workers' compensation* van een werknemster die als *medical technologist* bij een ziekenhuis werkte en op een gegeven moment uitviel wegens psychische klachten werd afgewezen omdat niet was aangetoond dat zij door haar werkgever zwaarder was belast dan gebruikelijk was in haar positie.¹³¹ De werknemster werkte van 1982 tot 1994 als *medical technologist* en werd vervolgens aangesteld als tijdelijk afdelingshoofd. Omdat zij deze taak niet goed vervulde, werd zij na enige tijd teruggeplaatst in haar oude functie. Een tijdje later ging zij een andere functie vervullen in het laboratorium. Twee maanden daarna raakte de zoon van de werknemster betrokken bij een auto-ongeluk. Enige tijd later ging de werknemster met ziekteverlof wegens een te hoge bloeddruk en psychiatrische klachten. Uiteindelijk bleef zij een jaar ziek. De werknemster stelde dat haar psychische ziekte het gevolg was van overbelasting op het werk, in de functie van afdelingshoofd en in de functie in het laboratorium. Het ziekenhuis weersprak dit en legde bewijs over dat de werknemster niet meer uren had gewerkt dan andere afdelingshoofden, dat zij niet alle taken behoefde te vervullen die behoorden bij de functie van afdelingshoofd, en dat zij voor overwerk betaald kreeg. In de laboratoriumfunctie had de werknemster weliswaar in ploegdienst gewerkt, maar had zij altijd in de ochtendploeg mogen werken. Bovendien had zij niet tijdens meer dan twee weekenden per maand hoeven te werken.

De *Missouri Labor and Industrial Relations Commission* en de *Missouri Court of Appeals for the Eastern District of Missouri* wijzen het verzoek van de werknemster om *workers' compensation* af. De Commissie overweegt dat de werknemster niet heeft aangetoond dat zij was blootgesteld aan excessieve of buitengewoon stressvolle omstandigheden in vergelijking tot werknemers in een vergelijkbare functie bij haar eigen of een andere werkgever. Het *Court of Appeals* neemt dit oordeel over. Het *Court of Appeals* oordeelt dat de *unusual stress test* moet worden toegepast en dat een vergelijking moet plaatsvinden met werknemers in vergelijkbare functies. Deze toets leidt in onderhavig geval tot de conclusie dat geen sprake was van *unusual stress*.

131 *Williams v. DePaul Health Center.*, 996 S.W. 2d 619 (Missouri Court of Appeals for the Eastern District of Missouri, 1999). Zie hierover Natalie D. Riley, “Mental-Mental Claims – Placing Limitations on Recovery under Workers’ Compensation for Day-to-Day Frustrations”, *Missouri Law Review* 2000, p. 1023-1045.

Deze uitspraak lijkt nogal voor de hand te liggen. Indien de werknemster niet kan aantonen dat haar werkzaamheden qua belasting verschilden van die van haar collega's of van werknemers elders in een vergelijkbare functie, en indien ook overigens geen sprake is van onzorgvuldig handelen van de werkgever of van andere omstandigheden op het werk die de oorzaak kunnen zijn van de psychische ziekte, dan ligt het niet voor de hand dat deze ziekte door het werk veroorzaakt is. De oorzaak ervan ligt dan wellicht in de privé-sfeer of in de persoonlijkheidsstructuur van de werknemster.

13.5 Zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting: evaluatie en eigen opvatting

13.5.1 Algemene verplichtingen ter voorkoming van burn-out en procedures voor concretisering daarvan

Zoals blijkt uit hetgeen is besproken in § 13.4, is in alle vier de onderzochte rechtsstelsels bepalend voor het aannemen van een zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel als gevolg van overbelasting en van schending daarvan, dat er sprake was van een kenbaar/voorzienbaar risico op psychisch letsel en dat de werkgever gehouden was om maatregelen te nemen ter voorkoming van de verwezenlijking van dit risico. Deze zorgplicht vloeit vrijwel steeds voort uit het ongeschreven recht omdat er in geen van de onderzochte rechtsstelsels specifieke geschreven verplichtingen bestaan ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting. Wel bestaan er in de onderzochte rechtsstelsels meer algemene geschreven verplichtingen ten aanzien van het voorkomen van gezondheidsschade van werknemers. Deze meeste van deze verplichtingen, die nader zijn omschreven in § 2.2 en § 2.3, zijn echter zodanig algemeen dat nadere concretisering in een specifiek geval vereist is, teneinde op basis daarvan een zorgplicht van de werkgever ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting te kunnen aannemen. In het Nederlandse recht hebben verschillende auteurs getracht om hiervoor procedures te schetsen en zijn ook door de Arbeidsinspectie instructies opgesteld. In het Engelse recht is het vooral de *Health and Safety Executive* (een organisatie die vergelijkbaar is met de Arbeidsinspectie) die heeft benadrukt dat systemen moeten worden opgezet om de naleving van normen ter voorkoming van overbelasting te waarborgen en die hiervoor ook suggesties heeft gedaan.¹³² In het Duitse en Amerikaanse recht is het uitwerken van procedures ter voorkoming van overbelasting minder aan de orde, omdat daarin, in elk geval in theorie, vergoeding op no-fault basis van werkgerelateerd letsel uitgangspunt is.

132 Zie de door de HSE ontwikkelde *Management Standards for Tackling Work Related Stress*: <http://www.hse.gov.uk/stress/standards/index.htm>, 26 juni 2005. Zie ook § 2.3.2.

HOOFDSTUK 13

In het Nederlandse recht zijn, zoals is aangegeven in § 2.2, met name de Arbeidsomstandighedenwet en de Arbeidstijdenwet van belang waar het gaat om verplichtingen ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting. In de Nederlandse literatuur wordt in dit opzicht vooral gewezen op artikel 3 Arbowet, waarin onder meer is bepaald dat de werkgever een zodanig arbeidsomstandighedenbeleid moet voeren dat daarvan geen nadelige invloed uitgaat op de veiligheid en gezondheid van de werknemer en dat hij de werkzaamheden zoveel mogelijk moet aanpassen aan de persoonlijke eigenschappen van werknemers.¹³³ Daarbij wordt in de literatuur tevens de aandacht gevestigd op de expliciete bedoeling van de wetgever om onder dit artikel 3 Arbowet mede gezondheidschade door overbelasting/werkstress te doen vallen.¹³⁴

Regelgeving ten aanzien van werkdruk kan voorts gevonden worden in verschillende CAO's en/of in Arboconvenanten. Deze laatste worden afgesloten tussen de sociale partners en de overheid. In de laatste jaren zijn veel convenanten afgesloten waarin bepalingen omtrent werkdruk zijn opgenomen.¹³⁵ Soms hebben deze met name betrekking op het verrichten van nader onderzoek, maar soms is concreet afgesproken dat het aantal werknemers dat onder een te hoge werkdruk moet werken binnen een bepaalde termijn met een bepaald percentage verlaagd moet zijn, bijvoorbeeld door het maken van een plan van aanpak per afdeling, het bespreken van werkdruk in jaarlijkse gesprekken met leidinggevend en medewerkers, het aanbieden van cursussen over werkdruk, het stimuleren van werkoverleg, het verbeteren van werkprocessen, het zorgen voor voldoende gekwalificeerd kader, etc.¹³⁶

Aanwijzingen voor hetgeen een werkgever moet doen ter voorkoming van psychische ziekte door overbelasting zijn verder af te leiden uit de interne instructie van de Arbeidsinspectie met betrekking tot werkdruk van 25 september 2002.¹³⁷

133 Art. 3 lid 1 sub a en 3 lid 1 sub c Arbowet.

134 Vgl. o.a. A. Rijlaarsdam, "Noot bij onder andere HR 30 januari 1998, JAR 1998/82, 'Psychische schade'", SMA 1999, p. 271-273; J.J. Trap en A.M. Wijnhoven, "Aansprakelijkheid werkgever voor psychische schade werknemer", *ArbeidsRecht* 1998, p. 21-24; M.S.A. Vegter, "Aansprakelijkheid van de werkgever voor overbelasting (stress) en andere vormen van psychisch letsel", *NJB* 2002, p. 1935-1942; R. van de Water, "Vergoeding van psychische schade: via de weg van 7:658 BW of 7:611 BW?", *ArbeidsRecht* 2003, p. 11-15. Zie over art. 3 Arbowet en andere relevante bepalingen uit de Arbowet: § 2.2.1.

135 Tot begin 2005 is in 30 Arboconvenanten aandacht besteed aan het thema 'werkdruk' en in 17 Arboconvenanten aan het thema 'psychische belasting'. Zie http://arboconvenanten.szw.nl/index.cfm?fuseaction=dsp_rubriek&rubriek_id=100001, 28 februari 2005.

136 Zie o.a. het Arboconvenant Provincies inzake werkdruk, RSI, verzuimbeleid en reïntegratie, Den Haag 27 februari 2003, *Stcrt.* 6 maart 2003, nr. 36 en het Arboconvenant Werkdruk Horeca, *Arbeid Integraal* 2000, nr. 3, p. 110-113.

137 http://arbeidsinspectie.szw.nl/index.cfm?fuseaction=dsp_document&link_id=30837&menu_item=5550, 28 februari 2005.

Daarin wordt aangegeven dat een inspecteur ten aanzien van negen onderwerpen – de inhoud van het werk, contacten met chef en/of collega's, emotionele gebeurtenissen, de hoeveelheid werk, het werktempo, de inspanning, het niet kunnen opnemen van pauzes en/of verlof, het werken op afwijkende werktijden, en het verrichten van overwerk – dient te informeren of de werknemer daarvan in zijn functie last of hinder ondervindt. Afhankelijk van de antwoorden op de vragen wordt vervolgens gekeken of werkdruk in de betreffende onderneming een risico vormt.

In het Engelse recht heeft met name de HSE zich bezig gehouden met het concretiseren van de algemene verplichting van de werkgever om ziekte door stress te voorkomen. Daartoe heeft de HSE, zoals ook reeds is besproken in § 2.3.1, een aantal specifieke doelstellingen geformuleerd waaraan een werkgever zou moeten voldoen en heeft zij getracht deze doelstellingen nader uit te werken in concrete verplichtingen. Het gaat daarbij om doelstellingen op in totaal zes gebieden, te weten: taakeisen, controle, ondersteuning, relaties, positie in de onderneming, en reorganisatie.¹³⁸ Ten aanzien van de voor overbelasting meest relevante onderwerpen "*Demands (Includes issues like workload, work patterns and the work environment)*" en "*Control (How much say the person has in the way they do their work)*" luiden de doelstellingen als volgt:

"Employees indicate that they are able to cope with the demands of their jobs; and systems are in place locally to respond to any individual concerns."

en

"Employees indicate that they are able to have a say about the way they do their work; and systems are in place locally to respond to any individual concerns."

Vervolgens is aangegeven hoe de doelstellingen moeten worden bereikt, namelijk, met betrekking tot "*Demands*":

- The organisation provides employees with adequate and achievable demands in relation to the agreed hours of work;
- People's skills and abilities are matched to the job demands;
- Jobs are designed to be within the capabilities of employees; and
- Employees' concerns about their work environment are addressed;"

en met betrekking tot "*Control*":

- Where possible, employees have control over their pace of work;
- Employees are encouraged to use their skills and initiative to do their work;
- Where possible, employees are encouraged to develop new skills to help them undertake new and challenging pieces of work;

138 In het Engels: *Demands, control, support, relationships, role and change*. Zie <http://www.hse.gov.uk/stress/standards/index.htm>, 26 juni 2005.

HOOFDSTUK 13

- The organisation encourages employees to develop their skills;
- Employees have a say over when breaks can be taken; and
- Employees are consulted over their work patterns.

Deze verplichtingen zijn zo concreet mogelijk geformuleerd. Niettemin zijn zij nog steeds zodanig algemeen dat er in een individueel geval niet of nauwelijks uit afgeleid kan worden of een werkgever is tekort geschoten in zijn zorgplicht ten aanzien van een door overbelasting psychisch ziek geworden werknemer. Wat '*adequate and achievable demands*' zijn bijvoorbeeld, hangt mede af van het soort organisatie waarin een werknemer werkt, de afdeling waarop hij werkt en de functie die hij verricht. Ook de door de HSE genoemde verplichtingen moeten daarom, evenals de verplichtingen die zijn te vinden in CAO's, Arboconvenanten enz., nog nader worden uitgewerkt op bedrijfsniveau en mogelijk ook op het niveau van een bepaalde afdeling of bepaalde functie. Overigens zijn de door de HSE, CAO-partijen en Arbeidsinspectie ontwikkelde normen ook niet bedoeld als criteria voor de beoordeling van aansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel in een individueel geval, maar als preventieve normen ter voorkoming van (ziekte als gevolg van) overbelasting in het algemeen. Wel kunnen zij in een concreet geval als richtsnoer dienen bij de invulling van de zorgplicht van de werkgever.

Door Grapperhaus is getracht om een brug te slaan tussen de meer algemene normen uit de Arbowet en de Arbeidstijdenwet en de concrete zorgplicht van de werkgever als bedoeld in artikel 7:658 BW. Hij heeft voorgesteld om aan de hand van de Arbowet en de Arbeidstijdenwet "een algemeen aanvaardbare norm voor werkbelasting, waaraan de gemiddelde werknemer naar redelijke verwachting zou moeten kunnen voldoen", te formuleren. Op grond van artikel 7:658 BW zou de werkgever dan gehouden zijn om te voorkomen dat deze algemeen aanvaardbare norm voor werkbelasting stelselmatig en in aanzienlijke mate wordt overschreden.¹³⁹ Van de Water heeft naar aanleiding hiervan opgemerkt dat een dergelijke norm reeds voortvloeit uit de wettelijke bepalingen zoals deze zijn vervat in de Arbowet en de Arbeidstijdenwet. De vraag is volgens hem nu juist wat een aanvaardbare werkbelasting is. Deze vraag dient zijns inziens zoveel mogelijk op bedrijfsniveau beantwoord te worden.¹⁴⁰

Ik vrees dat de exercitie van Grapperhaus, hoewel zeker zinvol, uiteindelijk niet tot een voldoende concreet resultaat zal leiden omdat het, vanwege de verschillen in belastbaarheid tussen werknemers onderling en ook vanwege de verschillen tussen functies, niet goed mogelijk is om een norm te formuleren die voor alle werknemers bepaalt dat, indien de werkdruk zo en zo hoog is, de grens is over-

139 F.B.J. Grapperhaus, "Burn-out van werknemers en werkgeversaansprakelijkheid", *Ondernemingsrecht* 2002, p. 478. Het is in de visie van Grapperhaus aan de wetgever om deze norm te formuleren, zie p. 479.

140 Van de Water, *ArbeidsRecht* 2003, p. 14.

schreden. Voor de arbeidstijden is een dergelijke norm ontwikkeld en het blijkt dat vele uitzonderingen nodig zijn.¹⁴¹ Het lijkt ook niet goed mogelijk om in het algemeen te bepalen dat werknemers binnen een bepaald aantal uren niet meer dan een bepaalde hoeveelheid werk opgedragen mogen krijgen. Hoeveel werk een werknemer kan verstouwen in een bepaalde tijd hangt immers sterk af van het soort werk, van de capaciteiten van de werknemer, van de ondersteuning die hij krijgt, etc. Bij sommige functies, in het bijzonder lopende bandwerk, kan wellicht nog bepaald worden dat niet meer dan een bepaald aantal producten per uur verwerkt mogen worden, maar bij werk dat zich over langere tijd uitstrekt en dat verschilt qua moeilijkheidsgraad – bijvoorbeeld het schilderen van een gebouw of het schrijven van een wetsvoorstel – lijkt dit onmogelijk. De ene schilder is de andere niet en ook wetgevingsjuristen verschillen van elkaar. Bovendien is het ene gebouw veel gemakkelijker te schilderen dan het andere en zal het ene wetsvoorstel ingewikkelder zijn dan het andere. Een norm die daarmee rekening houdt, zal zodanig algemeen moeten zijn dat deze feitelijk niets toevoegt aan hetgeen nu reeds uit de Arbowet voortvloeit, namelijk dat gezorgd moet worden voor een evenwicht tussen belasting en belastbaarheid in fysieke en psychische zin.¹⁴²

Naar mijn mening moet de norm uit de Arbowet – en ditzelfde geldt voor de overige hiervoor besproken algemene normen – zoveel mogelijk op bedrijfsniveau, en wellicht ook op het niveau van een bepaalde afdeling of soort functie, geconcretiseerd worden. Een werkgever kan dit doen door, in overleg met zijn werknemers en daartoe geschikte overlegorganen (Arbocommissie, OR), te inventariseren waar in de onderneming de knelpunten zitten ten aanzien van een te hoge belasting, en door individuele werknemers voldoende mogelijkheden te bieden om klachten en/of problemen op het gebied van overbelasting naar voren te brengen.¹⁴³ Dit levert vermoedelijk meer op dan het trachten te komen tot een geschreven norm waarvan de inhoud uiteindelijk toch zo onbepaald blijkt te zijn dat deze alsnog via ongeschreven normen geconcretiseerd moet worden. Een werkgever is ook verplicht om bij de uitvoering van het arbeidsomstandighedenbeleid samen te werken met de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordi-

141 Vgl. de specifieke regels die in het Arbeidstijdenbesluit en andere uitvoeringsregelingen zijn neergelegd ten aanzien van verschillende beroepsgroepen.

142 Zie ook Van de Water, *ArbeidsRecht* 2003, p. 14. Grapperhaus merkt overigens ook op dat de door hem als probeersel geformuleerde norm misschien te vaag of te algemeen zou zijn, maar acht het toch mogelijk om ook voor werkstress een zekere algemene norm te geven voor de zorgplicht van de werkgever, ook al zal deze dan betrekkelijk laag liggen. Zie Grapperhaus, *Ondernemingsrecht* 2002, p. 479 onderaan.

143 Zie ook G.J.J. Heerma van Voss, "Van onmondige arbeider tot calculerende burger" in *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, Deventer 1996, p. 153.

HOOFDSTUK 13

ging of, als die er niet zijn, met belanghebbende werknemers.¹⁴⁴ Dit geldt niet alleen in het Nederlandse, maar ook in het Engelse en Duitse recht, aangezien deze verplichting is terug te voeren op de EG-kaderrichtlijn 89/391/EEG inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk. Verder moet de werkgever in het kader van de RI&E – een verplichting die eveneens voortvloeit uit de EG-kaderrichtlijn – inventariseren welke gezondheidsrisico's er binnen zijn onderneming bestaan. Daartoe behoort ook het risico op overbelasting. Voorts is het, zoals gezegd, van belang dat er binnen een onderneming regelingen bestaan die het mogelijk maken voor werknemers om klachten en/of problemen met betrekking tot een te hoge werkdruk en overbelasting naar voren te brengen. Deze regelingen zouden zodanig moeten zijn ingericht dat ook dat daadwerkelijk wordt gereageerd op hetgeen door werknemers wordt aangedragen.¹⁴⁵

Heeft de werkgever geen overleg gevoerd met de ondernemingsraad, personeelsvertegenwoordiging of belanghebbende werknemers over de concrete toepassing van de algemene verplichtingen uit de Arbowet of heeft dit overleg niet geleid tot de totstandkoming van geschreven normen, dan kan met Rijlaarsdam¹⁴⁶ worden aangenomen dat een individuele werknemer zich, ter verkrijging van een vergoeding van psychisch letsel door overbelasting, kan beroepen op de Arbowet en stellen dat uit deze wet bepaalde ongeschreven veiligheidsverplichtingen voortvloeien die door de werkgever in acht moeten worden genomen. Daarbij zal de werknemer, zoals Rijlaarsdam terecht stelt, vanwege het ongeschreven karakter van die verplichtingen én omdat psychisch letsel in zijn sfeer ligt en veelal geleidelijk ontstaat, wel een uitgebreidere stelplicht hebben ten aanzien van de oorzaken en omvang van zijn psychische letsel dan bij fysiek letsel het geval zou zijn.

Waterman heeft in dit verband terecht opgemerkt dat de werkgever in de rechtspraak een ken- en onderzoeksverplichting is opgelegd die hem verplicht om uit te zoeken op welke, voor zijn bedrijfsvoering relevante, gezondheidsrisico's hij attent moet zijn en welke maatregelen hij moet nemen om de verwezenlijking van dergelijke risico's te voorkomen dan wel te beperken, een en ander voor

144 Tot aan 2004 bevatte de Arbowet in art. 13 een aparte verplichting voor de werkgever om regelmatig werkoverleg te houden over de arbeidsomstandigheden. Deze bepaling is, in het kader van het verlichten van administratieve lasten voor het bedrijfsleven, door de wetgever geschrapt. Daarbij is erop gewezen dat een werkgever op grond van art. 12 toch reeds gehouden is om de OR of PvT of belanghebbende werknemers te betrekken bij de uitvoering van het arbeidsomstandighedenbeleid. Zie TK 2002-2003, 28 986, nr. 3, p. 1-2 en *Stb.* 2004, 104.

145 Zie ook de HSE: "Systems are in place locally to respond to any individual concerns."

146 Rijlaarsdam, *SMA* 1999, p. 271-273.

zover dit redelijkerwijs van hem gevegd kan worden.¹⁴⁷ In dit kader dient de werkgever zelf na te gaan of hij maatregelen moet nemen ter voorkoming van overspannenheid/burn-out. Deze verplichting vloeit ook voort uit de bepaling in de Arbowet die werkgevers verplicht om een RI&E uit te voeren. In het kader daarvan moet de werkgever onderzoeken welke gezondheidsrisico's er binnen zijn bedrijf bestaan en wat hij daaraan kan doen. Daarbij zullen ook, nu de Arbowet hier uitdrukkelijk toe verplicht, risico's ten aanzien van geestelijke beschadiging en mogelijke maatregelen om dit te voorkomen geïnterpreteerd en geëvalueerd moeten worden.

Kortom, indien de wetgeving zelf geen concrete verplichtingen bevat, is de werkgever gehouden zelf na te gaan welke verplichtingen hij heeft, dit in overleg met de ondernemingsraad of, bij gebreke daarvan, met de individuele werknemers zelf. Dit is met betrekking tot het risico van psychisch letsel niet anders dan met betrekking tot het risico van fysiek letsel.

13.5.2 *Zorgplicht in een concreet geval: kenbaarheid van het risico*

Indien er in een individueel geval geen concrete geschreven verplichting is waarop kan worden teruggevallen, zal moeten worden vastgesteld of de werkgever aansprakelijk kan worden gehouden voor de burn-out van een werknemer wegens schending van een ongeschreven zorgplicht. Of de werkgever een dergelijke zorgplicht heeft, wordt naar Nederlands recht bepaald aan de hand van de zogeheten Kelderluikcriteria, te weten of sprake was van een kenbaar risico op letsel, de grootte van dit risico, de mogelijke ernst van het letsel en de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen.¹⁴⁸ In het Engelse recht worden vergelijkbare criteria gehanteerd, met dien verstande dat daarin *foreseeability* het cruciale element is. Dit criterium komt evenwel vrijwel overeen met het Nederlandse criterium 'kenbaarheid van het risico'. In het Duitse recht zijn, bij gebreke aan rechtspraak, nog nauwelijks criteria ontwikkeld. Daarom zal het Duitse recht in het vervolg buiten beschouwing blijven. Dit geldt ook voor het Amerikaanse recht. In de *workers' compensation* systemen speelt het al dan niet geschonden zijn van een verplichting, zoals gezegd, geen formele rol, terwijl onder FELA aansprakelijkheid voor psychisch letsel alleen mogelijk is als een werknemer tevens fysiek is geraakt of in gevaar heeft verkeerd voor fysiek letsel. Het Amerikaanse recht biedt daarom weinig aanknopingspunten voor het Nederlandse recht waar

147 Waterman, *Arbeid Integraal* 2000, p. 88 met verwijzing naar HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 (St. Ziekenhuis de Heel/Staat) en naar het preadvies van A.T. Bolt en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Zwolle 1996, p. 89.

148 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136. Zie ook S.D. Lindenberg, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer 2000, p. 33-40

HOOFDSTUK 13

het gaat om de invulling van de zorgplicht. In het vervolg zal daarom vooral worden ingegaan op het Engelse en het Nederlandse recht.

In beide rechtssystemen wordt onderscheid gemaakt tussen het kenbaar zijn van het risico op letsel als voorwaarde voor het kunnen aannemen van een zorgplicht van de werkgever en de gehoudenheid van de werkgever om maatregelen te nemen om verwezenlijking van dit risico te voorkomen. In het Nederlandse recht wordt daarnaast soms nog afzonderlijk aandacht besteed aan te verwachten onoplettendheid van de werknemer als element van de zorgplicht van de werkgever. Op dit element en op de verplichting tot het nemen van maatregelen zal afzonderlijk worden ingegaan in § 13.5.3-§ 13.5.5. In deze paragraaf staat de kenbaarheid van het risico, oftewel het voorzienbaarheidsvereiste, centraal.¹⁴⁹

Zowel in het Engelse als in het Nederlandse recht wordt eerst aangenomen dat een werkgever een zorgplicht heeft ter voorkoming van burn-out als het risico daarop voor hem kenbaar was of kenbaar had behoren te zijn.¹⁵⁰ Het Engelse *Court of Appeal* heeft in dit opzicht, in de uitspraken in *Sutherland v Hatton and three other appeals*¹⁵¹ een aantal uitgangspunten geformuleerd die ook voor het Nederlandse recht leerzaam kunnen zijn.¹⁵²

- De cruciale vraag is of het psychisch letsel als gevolg van overbelasting voorzienbaar was. Deze vraag heeft twee componenten: (1) was de aantasting van de gezondheid voorzienbaar, en (2) is deze aan het werk te wijten.
- Of burn-out en dergelijke ziekten¹⁵³ voorzienbaar zijn, hangt af van wat de werkgever weet of behoort te weten over de individuele werknemer. Bij een kwetsbare werknemer zal dus eerder – indien de werkgever van de kwetsbaarheid weet – aansprakelijkheid voor psychisch letsel mogen worden aangenomen. Een werkgever mag er normaliter vanuit gaan dat een werknemer de normale druk van een functie kan weerstaan tenzij hij weet heeft van een specifiek probleem of kwetsbaarheid. Dit betekent dat werknemers die onder druk staan dit aan hun werkgever moeten melden, zodat hij er wat aan kan doen.
- Er zijn geen functies die zonder meer gevaarlijk worden geacht voor de gezondheid vanwege een stressvol karakter.

149 Lindenbergh noemt als apart vereiste voor het aannemen van een zorgplicht van de werkgever nog de te verwachten onoplettendheid van de werknemer. Vgl. S.D. Lindenbergh, "Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade", *AV&S* 2003, p. 19. Naar mijn mening gaat dit vereiste op in het vereiste van het kenbaar zijn van het risico. Ik kom daar verderop nog op terug.

150 Zie ook de rechtspraak besproken in § 13.4.2 en § 13.4.3.

151 [2002] IRLR 263; [2002] 2 All ER 1.

152 Het *House of Lords* heeft zich bij deze uitgangspunten aangesloten in *Barber v Somerset County Council* [2004] 2 All ER 835, zodat kan worden aangenomen dat deze naar Engels recht geldend zijn.

153 De Engelse rechter spreekt van *stress-related injuries* of van *psychiatric injury*.

- Van belang is of een werknemer een zwaardere belasting heeft dan normaal is in zijn functie, of hij emotioneel of intellectueel belastend werk verricht, of aan hem onredelijke eisen worden gesteld, of collega's vergelijkbare problemen hebben, of hij al eerder ziek is geweest en of hij of zijn omgeving signalen afgeeft dat hij problemen heeft.
- De werkgever mag afgaan op wat de werknemer zegt, tenzij hij gegronde redenen heeft om de werknemer niet te geloven.

Uit deze richtlijnen kan worden afgeleid dat de Engelse rechter aanneemt dat is voldaan aan het criterium dat psychisch letsel als gevolg van overbelasting voorzienbaar moet zijn, indien, kort gezegd, de werkgever wist of behoorde te weten dat een werknemer door ziekte dreigde te bezwijken, hetzij doordat de werknemer dit heeft aangegeven, hetzij doordat uit andere signalen – de werknemer is al eerder ziek geweest om dezelfde reden, een hoog ziekteverzuim op de afdeling van de werknemer, klachten en opmerkingen uit de omgeving van de werknemer – voor de werkgever duidelijk is of moet zijn dat de werknemer overbelast wordt. Mijns inziens kan worden aangenomen dat naar Nederlands recht hetzelfde uitgangspunt geldt. In de in § 13.4.2 besproken uitspraken was voor het aannemen van een vergoedingsplicht van de werkgever¹⁵⁴ ook steeds cruciaal dat het voor de werkgever kenbaar was dat er een risico op burn-out bestond. Dit risico was bijvoorbeeld kenbaar in het geval van de verpleegkundige, die reeds fysiek beperkt was, en die vervolgens extra taken kreeg opgedragen zonder dat zij daarbij begeleid werd,¹⁵⁵ in het geval van de ziekenverzorger die, zonder daartoe te zijn opgeleid, de taken van een, hoger in de hiërarchie geplaatste, verpleegkundige, moest verrichten,¹⁵⁶ en in de situatie van de werknemster die zowel directiesecretaresse als medewerkster personeelszaken was ten aanzien van een personeelsbezetting die in zes jaar was gegroeid van 30 naar 70 personen.¹⁵⁷ Ook was duidelijk dat er een risico op overspannenheid/burn-out bestond voor het hoofd technische dienst die steeds in zeer korte tijd tentoonstellingen moest inrichten, daarbij geconfronteerd werd met steeds verschillende eisen van kunstenaars en geen gehoor kreeg voor zijn klachten bij de directeur.¹⁵⁸

154 Niet alleen in zuivere aansprakelijkheidszaken, maar ook in ontslagzaken waarin aan verwijtbaarheid van de werkgever werd getoetst en in uitspraken van de CRvB waarin werd nagegaan of sprake was van abnormale of excessieve werkomstandigheden.

155 Ktr. Brielle 30 september 2003, *JAR* 2003, 267.

156 Ktr. Amsterdam 10 oktober 1997, rolnr. 4012/88, <http://www.clara-wichmann.nl/jurisprudentie> (nr. RV 90-33), vanaf 2005 te vinden op <http://www.vrouwenrecht.nl>, 1 april 2005.

157 Ktr. Terneuzen 9 juli 1997, *PrG* 1998, 4921.

158 CRvB 7 juli 1994, *TAR* 1994, 184.

HOOFDSTUK 13

De Engelse rechter gaat ervan uit dat een werkgever mag veronderstellen dat een werknemer over een normale psychische weerstand beschikt. Dit is alleen anders indien de werkgever weet dat de bewuste werknemer kwetsbaar is. Dan geldt dat hij de werknemer moet nemen zoals hij is. Eén en ander lijkt me ook voor het Nederlandse recht een bruikbaar uitgangspunt. Er moet sprake zijn van een kenbaar risico. Deze kenbaarheid zal veelal ontbreken als een werknemer niet zelf heeft laten weten dat hij met een te zware werklast kampt en dit ook niet uit andere signalen blijkt.¹⁵⁹ Bij burn-out kan deze kenbaarheid wel een probleem zijn omdat de ziekte veelal werknemers schijnt te treffen die hun werkzaamheden met grote gedrevenheid verrichten en ook zelf meer werk naar zich toe trekken dan – naar veelal achteraf blijkt – verstandig is.¹⁶⁰ Niettemin lijkt me dit geen grond voor het toch aannemen van een zorgplicht van de werkgever. Juist bij een dergelijke werknemer kan het, zeker indien het ook nog gaat om een werknemer die zijn werkzaamheden in hoge mate zelfstandig verricht, voor de werkgever moeilijk kenbaar zijn dat de werknemer te zeer op zijn tenen loopt en dat het risico van ziekte dreigt. Mijns inziens is er dan geen grond om aansprakelijkheid aan te nemen, indien de werknemer niet ofwel zelf heeft aangegeven extra ondersteuning of andere hulp nodig te hebben of dit uit andere signalen, bijvoorbeeld van zijn omgeving, blijkt. In dit opzicht acht ik het vonnis van de kantonrechter Rotterdam, waarin deze geen aansprakelijkheid van de werkgever aannam voor de psychische ziekte van een senior vermogensbeheerder/teamleider bij een bank omdat zij niet had aangegeven dat zij overbelast werd, dan ook terecht gewezen. De kantonrechter overwoog in deze zaak dat de werkneemster:

“een zodanige functie op een dermate hoog niveau (vervulde; mv) dat zij er naar het oordeel van de kantonrechter zelf op had toe te zien dat zij niet teveel met werk werd overladen en, in geval van overbelasting, zulks diende te melden bij haar direct leidinggevende, zodat bepaalde (deel)taken van haar hadden kunnen worden overgenomen.”¹⁶¹

Wel kan naar mijn oordeel van een werkgever verlangd worden dat deze met enige regelmaat informeert naar de psychische – en fysieke – gesteldheid van zijn personeel. Werkoverleg vormt hiertoe een goede mogelijkheid. Ook het op regel-

159 In dezelfde zin Lindenbergh, *AV&S* 2003, p. 19, die in dit opzicht belang hecht aan het feit dat aansprakelijkheid voor burn-out een aansprakelijkheid is voor het nalaten bepaalde voorzieningen te treffen. Daarbij moeten volgens hem aan de kennis van het specifieke risico bepaalde eisen worden gesteld. Zie voorts ook Ktr. Hoorn 25 oktober 2004, *JAR* 2005, 57.

160 Zie *Intermediair* 6 november 2003, p. 18-23: “Werken tot je erbij neervalt”, waarin door verschillende deskundigen in verschillende bewoordingen wordt opgemerkt dat mensen die opgebrand raken, niet kunnen stoppen, koste wat koste hun doelen willen halen en daar erg moeilijk vanaf zijn te brengen.

161 Ktr. Rotterdam 8 april 2003, *JAR* 2004, 240.

matige basis houden van functionerings- en voortgangsgesprekken is aan te raden, aangezien daarbij aan de orde kan komen of de belasting van de werknemer nog in juiste verhouding staat tot de belastbaarheid. Opvallend in dit opzicht is dat, blijkens informatie van het Bureau Beroepsziekten FNV, met de overgrote meerderheid van werknemers die zich bij het Bureau hebben aangemeld vanwege burn-out, nooit of vrijwel nooit functioneringsgesprekken zijn gehouden.¹⁶² Kennelijk ontbrak het in die gevallen aan (meer dan oppervlakkige) aandacht voor het functioneren van de werknemers.

In dit verband kan wel de vraag gesteld worden hoe ver de werkgever moet gaan bij het informeren naar de gesteldheid van zijn werknemers. De Engelse rechter heeft in dit opzicht opgemerkt dat een werkgever mag afgaan op wat de werknemer zegt, tenzij hij gegronde redenen heeft om hem niet te geloven. Een werkgever behoeft dus niet te informeren of het *echt* wel goed gaat als de werknemer duidelijk aangeeft dat dat het geval is. Ook dit lijkt me voor het Nederlandse recht een gezond uitgangspunt, gelet op de gedachte dat een werknemer ook zelf een verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van zijn eigen gezondheid en geacht moet worden hierover klachten naar voren te kunnen brengen. Wel dient de werkgever hiertoe de gelegenheid te bieden. Wellicht kan het op dit moment aanhangig zijnde wetsvoorstel klachtrecht¹⁶³ in dit verband goede diensten bewijzen. Dit voorstel houdt, kort gezegd, in dat een werkgever ervoor moet zorgen dat er binnen zijn onderneming een klachtenregeling functioneert in het kader waarvan een werknemer een klacht kan indienen en de werkgever garandeert deze te zullen behandelen.

Door de Engelse rechter wordt tenslotte nog als richtlijn gehanteerd dat er geen functies zijn die een zodanig stressvol karakter hebben dat de voorzienbaarheid van stressschade per definitie gegeven is. Van werknemerszijde was opgemerkt dat het werken als leraar als een zodanig stressvolle functie moet worden aangemerkt. Voor dit standpunt lijkt ook wel iets te zeggen indien in aanmerking wordt genomen dat leraren tot de groep werknemers met één van de grootste risico's op burn-out lijken te behoren.¹⁶⁴ Anderzijds lijkt het te ver gaan om een gehele categorie functies als zodanig stressvol te kwalificeren dat reeds bij voorbaat moet worden aangenomen dat het ontstaan van burn-out in de rede ligt. Het zou dan niet verantwoord zijn om werknemers überhaupt nog als leraar te laten functioneren. In die zin kan ik het standpunt van de Engelse rechter onderschrijven. Wel lijkt mij dat, indien bekend is dat er in een bepaalde bedrijfstak een relatief hoog risico op burn-out bestaat, de werkgevers in deze bedrijfstak een verhoogde zorg-

162 Zie het profiel dat Wim van Veelen van het Bureau Beroepsziekten heeft opgesteld van de gemiddelde burn-out cliënt van het Bureau: <http://www.bbzfnn.nl/burnoutart.html>, 1 juni 2004.

163 Initiatief-wetsvoorstel van GroenLinks, PvdA en D66, 30 augustus 2000, TK 1999-2000, 27274. Zie § 2.2.3.

164 Zie § 13.2 en de daar genoemde onderzoeken.

HOOFDSTUK 13

plicht hebben ter voorkoming van deze ziekte. Zij dienen extra alert te zijn op het mogelijke ontstaan ervan en zouden mechanismen in werking moeten stellen – zoals werkoverleg, mogelijkheden tot begeleiding en wellicht ook therapie – om vroegtijdig problemen te signaleren en zo mogelijk te voorkomen. In die zin kan een parallel getrokken worden met werknemers die werkzaam zijn in beroepen waaraan het meemaken van schokkende gebeurtenissen inherent is. Ook daarbij kan niet gezegd worden dat een dergelijk beroep zodanig zwaar is dat een ieder die het vervult op enig moment ziek zal worden, maar wel dat extra oplettendheid, begeleiding en het zo nodig bieden van nazorg op zijn plaats is. Eventueel kan ook gedacht worden aan het afsluiten van een arbeidsongeschiktheidsverzekering voor die werknemers die uit hoofde van hun functie een hoger risico lopen op arbeidsongeschiktheid dan de gemiddelde werknemer.¹⁶⁵

13.5.3 *Zorgplicht in een concreet geval: te verwachten onoplettendheid van de werknemer*

Een tweede aspect dat naar Nederlands recht een rol speelt bij de invulling van de zorgplicht van de werkgever ex artikel 7:658 BW is de te verwachten onoplettendheid van de werknemer. Dit criterium speelt met name een rol waar het gaat om fysieke ongevallen en houdt in dat een werkgever er rekening mee moet houden dat een werknemer, door de dagelijkse omgang met gevaarlijke voorwerpen als machines of auto's, niet meer steeds de vereiste voorzichtigheid in acht neemt, en dat hij daarom extra beveiligingsmaatregelen moet treffen.¹⁶⁶ Bij beroepsziekten is het criterium tot nog toe weinig toegepast.¹⁶⁷ De toepassing bij beroepsziekten ligt ook minder voor de hand omdat een dergelijke ziekte niet in een moment van onachtzaamheid ontstaat, maar meestal geleidelijk over een langere periode. Niettemin is denkbaar dat het criterium van de te verwachten onoplettendheid een rol speelt bij ziekten als gevolg van overbelasting. Daarbij kan het criterium inhouden dat een werknemer zichzelf onvoldoende in acht neemt en daardoor overspannen dreigt te raken, of wel voelt dat zijn werkzaamheden te zwaar zijn, maar – bijvoorbeeld uit loopbaanperspectieven – hiervan geen melding maakt. Lindenbergh spreekt in dit opzicht van werknemers die geneigd kunnen zijn, vanuit een oogpunt van loopbaanontwikkeling, om de oplettendheid ten aanzien van hun belastbaarheid te laten overvleugelen door ambitie.¹⁶⁸ Naar zijn mening dient onoplettendheid van de werknemer in deze zin niet zonder meer voor reke-

165 Vgl. § 11.7.5 en HR 18 maart 2005, *JAR* 2005, 100 (KLM/De Kuijer).

166 Vgl. ten aanzien van fysiek letsel HR 18 september 1998, *NJ* 1999, 45 (Van Doorn/NBM).

167 Een voorbeeld is de verplichting van de werkgever om te blijven toezien op de naleving van veiligheidsinstructies voor het werken met asbest. Vgl. HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683 (Cijssouw II).

168 Lindenbergh, *AV&S* 2003, p. 19.

ning van de werkgever te komen omdat deze ook een gerechtvaardigd belang heeft bij ambitieuze werknemers en bovendien, met name met betrekking tot werknemers die met hun hoofd werken, minder inzicht zal hebben in de indeling van hun werkzaamheden.

Deze conclusie deel ik voor zover een en ander betekent dat het voor een werkgever, door ambitie van werknemers of angst voor hun positie, niet kenbaar is dat er een risico op burn-out ontstaat. Naar mijn mening hebben we het daarbij echter niet zozeer over het criterium onoplettendheid, maar over het criterium kenbaarheid of wellicht over eigen schuld van de werknemer. Het criterium 'te verwachten onoplettendheid' lijkt weinig toe te voegen, waar het gaat om de zorgplicht van de werkgever ten aanzien van overbelasting. In de meeste gevallen zal aan eventuele onoplettendheid geen betekenis toekomen naast het criterium van de kenbaarheid van het risico. Als een werknemer geen signalen afgeeft dat hij overbelast is, om wat voor reden dan ook, is dit volgens mij niet zozeer een kwestie van onoplettendheid, maar vertaalt dit uitblijven van signalen zich in de vraag of het risico op burn-out daardoor nog kenbaar was voor de werkgever. Als een werknemer wel aangeeft overbelast te zijn en de werkgever treft vervolgens maatregelen, doch de werknemer maakt daar geen gebruik van, dan is het de vraag of, als hij vervolgens psychisch instort, dit niet gebruik maken van als eigen schuld bij hem in rekening kan worden gebracht. Overigens wordt ook in het Engelse recht geen aandacht besteed aan een criterium als te verwachten onoplettendheid bij de invulling van de *duty of care* ten aanzien van stressschade. Kennelijk ziet de Engelse rechter hierin geen meerwaarde naast het element van de voorzienbaarheid en de vraag of van de werkgever gevergd kan worden dat hij voorzorgsmaatregelen neemt en zo ja welke.

13.5.4 *Zorgplicht in een concreet geval: verplichting werkgever tot het nemen van maatregelen*

Is een risico op burn-out kenbaar, dan is de volgende vraag of de werkgever gehouden is om maatregelen te nemen om verwezenlijking van het risico te voorkomen. Indien deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, komt daarna aan de orde welke maatregelen van de werkgever gevergd kunnen worden. Het Engelse *Court of Appeal* heeft ook in dit opzicht een aantal criteria ontwikkeld, namelijk:

- Of een werkgever maatregelen moet nemen, hangt af van de omvang van het risico op letsel, de ernst van het letsel dat kan ontstaan, de kosten en uitvoerbaarheid van te nemen maatregelen en rechtvaardigingen voor het niet wegnemen van het risico.¹⁶⁹ Van belang bij de afweging of maatregelen vereist zijn, zijn ook de soort en omvang van de onderneming, de middelen en eisen

¹⁶⁹ Deze criteria komen overeen met de zogeheten Kelderluikcriteria die door de Hoge Raad zijn ontwikkeld in zijn arrest van 5 november 1965, *NJ* 1966, 136.

HOOFDSTUK 13

- die aan de onderneming worden gesteld, en de belangen van andere werknemers (bijv. bij een herverdeling van taken).
- Van een werkgever behoeven alleen maatregelen verwacht te worden die daadwerkelijk zullen helpen. Voor uitsluitel hierover zal de rechter waarschijnlijk deskundigenbericht nodig hebben.
 - Een werkgever die vertrouwelijk advies biedt met verwijzing naar *counselling* of behandeling zal in beginsel niet zijn tekortgeschoten in zijn verplichtingen.
 - Ontslag of demotie van een werknemer kan niet gevergd worden van de werkgever, althans niet op straffe van aansprakelijkheid.

De criteria 'omvang van het risico, ernst van het mogelijke letsel en kosten en uitvoerbaarheid van te nemen maatregelen' zijn criteria die ook in het Nederlandse recht worden gehanteerd en daarin wel worden aangeduid als de Kelderluikcriteria, naar de naam van het arrest waarin zij voor het eerst door de Hoge Raad zijn geformuleerd.¹⁷⁰ Uit dit arrest volgt dat de vraag of een werkgever aansprakelijk is voor de gevolgen van het creëren of laten voortbestaan van een gevaarlijke situatie moet worden beantwoord aan de hand van de mate van waarschijnlijkheid dat werknemers onoplettend zullen zijn, de grootte van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, de ernst van de eventuele gevolgen, en de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen.¹⁷¹

Andere, door de Engelse rechter genoemde criteria, zoals de soort en omvang van de onderneming en de belangen van andere werknemers, zijn in het Nederlandse recht terug te vinden, althans in zekere mate,¹⁷² in de rechtspraak van de Hoge Raad over het aanbieden van passend werk aan een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer. Het gaat in die rechtspraak over werknemers die reeds arbeidsongeschikt zijn geworden, dit in tegenstelling tot de in dit hoofdstuk besproken situatie waarin nog slechts sprake is van dreigende ziekte. De voor de eerste situatie ontwikkelde criteria zijn echter ook toepasbaar in de tweede situatie.¹⁷³ Door de Hoge Raad is aangegeven dat, bij de beoordeling of een werkgever gehouden is om gebruik te maken van de door een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer aangeboden arbeid, onder meer acht moet worden geslagen op de aard van de arbeid en de organisatie van het bedrijf.¹⁷⁴ Verder dient te

170 HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136.

171 Het arrest betreft overigens geen geval van werkgeversaansprakelijkheid.

172 In het Engelse recht worden deze rechtvaardigingsgronden veel explicieter genoemd dan in het Nederlandse recht, maar dat betekent niet dat zij in het Nederlandse recht niet ook, meer impliciet, door de rechter in zijn beoordeling worden betrokken.

173 Praktisch gezien vloeien beide situaties ook in elkaar over in de zin dat, als geen maatregelen worden genomen ter voorkoming van een dreigende burn-out, een werknemer mogelijk geheel of gedeeltelijk ziek zal worden en bezien zal moeten worden of hij passend werk kan verrichten.

174 HR 3 februari 1978, *NJ* 1978, 248 (Roovers/De Toekomst).

worden gelet op de belangen van andere werknemers. Een werkgever is gehouden om de arbeidsverdeling en arbeidsorganisatie aan te passen teneinde passend werk te bieden aan een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer, maar heeft deze verplichting niet indien de arbeidsverdeling hierdoor ontwricht raakt of een te grote overbelasting van andere werknemers ontstaat.¹⁷⁵

Op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid naar Nederlands recht hebben factoren als de soort en omvang van de onderneming, de organisatie van het bedrijf, de middelen waarover een onderneming beschikt en de eisen die aan de onderneming worden gesteld, tot dusver vrijwel nooit een rechtvaardiging gevormd voor het niet nemen van maatregelen ter voorkoming van arbeidsongevallen of beroepsziekten, althans niet expliciet.¹⁷⁶ Daarmee is echter niet gezegd dat deze factoren niet een rol kunnen spelen bij de vaststelling welke maatregelen van een werkgever verwacht mogen worden ter voorkoming van burn-out. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat van een grote werkgever op dit vlak verdergaande maatregelen worden verwacht dan van een kleine werkgever. Voorzichtigheid op dit punt lijkt echter gewenst omdat, zoals ook Barret heeft opgemerkt, het zwaar laten meewegen van de omstandigheden van de werkgever, voor een werknemer veelal zal betekenen dat hij ofwel het risico op ziekte moet accepteren ofwel ander werk moet zoeken.¹⁷⁷ Aan de bescherming van de werknemer wordt dan in sterke mate afbreuk gedaan.

Gelet hierop lijkt me dat in het Nederlandse recht niet te snel aangenomen moet worden dat een werkgever geen maatregelen behoeft te nemen ter ondersteuning van een evident overbelaste werknemer omdat hij hiervoor geen financiële middelen heeft of omdat de organisatie van zijn bedrijf hieraan in de weg staat. Het gaat wellicht te ver om van een werkgever te eisen dat deze extra personeel in dienst neemt om overbelaste werknemers te ondersteunen. Een dergelijke verplichting is tot nog toe in de rechtspraak niet aan werkgevers opgelegd, ook niet in de rechtspraak over gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers aan wie pas-

175 Zie HR 13 december 1991, NJ 1992, 441 (Goldsteen/Roeland) en met name ook HR 26 oktober 2001, JAR 2001, 238 (Bons/Ranzijn).

176 Vorderingen tot het bieden van passend werk worden ook zelden op deze grond afgewezen. Indien dergelijke vorderingen worden afgewezen, heeft dat meestal meer te maken met het ontbreken van een duidelijk aanbod door de werknemer of het niet aanwezig zijn aan zijn kant van een daadwerkelijke bereidheid om passend werk te verrichten, dan met factoren als de soort en omvang van de onderneming, de organisatie van het bedrijf etc. Zie voor een overzicht van de relevante rechtspraak: V. Disselkoen, "De zieke werknemer: reïntegratie vanuit de civielrechtelijke invalshoek", *ArbeidsRecht* 2003, p. 30-37.

177 B. Barret, "Clarification of Employers' Liability for Work-related stress", *Industrial Law Journal* 2002, p. 293-294. Zie ook § 13.4.3.

HOOFDSTUK 13

send werk moet worden aangeboden.¹⁷⁸ Wel mag mijns inziens van een werkgever in een dergelijk geval worden verwacht dat hij een keuze maakt. Ofwel hij trekt extra personeel aan ofwel hij accepteert dat bepaalde taken niet uitgevoerd kunnen worden wegens een gebrek aan mankracht. Het lijkt me niet redelijk om te stellen dat een werknemer overbelast mag worden als de – financiële of andere – omstandigheden van de werkgever daartoe noodzaken. Indien dat het geval is, dreigt het risico dat nog maar weinig bescherming tegen burn-out wordt geboden. Maatregelen als het schuiven met taken, het aantrekken van extra ondersteuning, het aanpassen van werktijden zullen immers altijd wel consequenties hebben voor een onderneming, zeker als het gaat om ondernemingen in de publieke sector zoals zorg en onderwijs.

De belangen van andere werknemers kunnen mijns inziens onder omstandigheden wel in de weg staan aan het nemen van – bepaalde – maatregelen tegen burn-out. Voorkomen moet worden dat, doordat de taken van één werknemer worden verlicht, een andere werknemer overbelast dreigt te raken doordat hij er meer werk bij krijgt.¹⁷⁹ In dat geval zal gekeken moeten worden of er niet een andere oplossing is, zoals het aantrekken van extra personeel of het afstoten van bepaalde activiteiten. Is een dergelijke oplossing er niet, dan zal de conclusie zijn dat er geen denkbare maatregelen zijn ter voorkoming van het risico op burn-out. Deze conclusie zal mijns inziens echter niet te snel mogen worden getrokken ten einde te voorkomen dat, zoals in de vorige alinea ook is opgemerkt, er feitelijk geen bescherming tegen burn-out wordt geboden.

13.5.5 *Zorgplicht in een concreet geval: aard van de te nemen maatregelen*

Indien eenmaal vaststaat dat, gelet op de in de vorige paragraaf genoemde criteria, van een werkgever gevergd kan worden *dat* hij maatregelen neemt ter voorkoming van psychische instorting door overbelasting, dan is de volgende vraag

178 Wel heeft de Hoge Raad in het arrest Goldsteen/Roeland – HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 441 – geoordeeld dat van een werkgever kan worden gevergd dat hij nagaat of hij financiële ondersteuning van overheidswege kan krijgen voor het aanstellen van een bijrijder, of met het oog daarop het salaris van de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer kan aanpassen. De Hoge Raad heeft de werkgever daarmee nog niet verplicht om een extra arbeidskracht aan te trekken, maar wel om de mogelijkheden hiertoe grondig te onderzoeken. Het financiële argument van de werkgever wordt dus niet snel geaccepteerd.

179 Dit uitgangspunt wordt ook gevolgd waar het gaat om de verplichting van de werkgever om passend werk aan te bieden aan een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer. Zie HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 441 (Goldsteen/Roeland) en met name ook HR 26 oktober 2001, *JAR* 2001, 238 (Bons/Ran-zijn).

welke maatregelen dat dan moeten zijn. De Engelse rechter heeft in dit opzicht opgemerkt dat van een werkgever alleen maatregelen gevegd kunnen worden die daadwerkelijk zullen helpen. Van tevoren is echter niet steeds te zeggen of dit het geval is. Het lijkt gewenst dat er in een dergelijk geval overleg plaatsvindt met de werknemer, en eventueel ook met de bedrijfsarts, over welke maatregelen passend zijn. Blijkens de jurisprudentie kan gedacht worden aan maatregelen als het weghalen van bepaalde taken, het bieden van extra ondersteuning, het zorgen voor een rustige werkplek, het vergroten van de mogelijkheden om zelf het werk in te delen (regelmogelijkheden), het aanpassen van werktijden, etc.¹⁸⁰ Het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten noemt in zijn Signaleringsrapport 2003: aanpassingen in de organisatie, aanpassingen in de omgangsvormen in een bedrijf, begeleiding van leidinggevenden of systeeminterventies van afdelingen.¹⁸¹

Een nog openstaande vraag is of een werkgever kan volstaan met het aanbieden, op vertrouwelijke basis, van therapie en/of andere vormen van begeleiding. Het *Court of Appeal* constateert dat een werkgever die vertrouwelijk advies biedt met verwijzing naar *counselling* of behandeling in beginsel niet zal zijn tekortgeschoten in zijn verplichtingen. Zelf lijkt me dit een wel erg snelle conclusie. Het lijkt me dat alleen dan met therapie/begeleiding kan worden volstaan indien aangenomen kan worden dat de overbelasting van de werknemer niet zozeer zijn oorzaak vindt in de omstandigheden waaronder hij moet werken, maar in de persoonlijkheidsstructuur van de werknemer zelf. In een dergelijk geval kan psychologische begeleiding effectief zijn om de werknemer te leren hoe om te gaan met spanningen op het werk zonder daarvan ziek te worden. Indien de werkomstandigheden echter daadwerkelijk te zwaar zijn – een werknemer moet bijvoorbeeld in feite twee functies tegelijk verrichten, hij krijgt teveel taken opgedragen, hij krijgt taken opgedragen die niet bij zijn functie horen, hij krijgt tegenstrijdige instructies etc. – dan is het niet voldoende om iets aan de werknemer te ‘doen’, maar zullen (ook) de werkomstandigheden aangepast moeten worden. Het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten constateert in dit opzicht dat bedrijfsartsen en werkgevers in de meeste gevallen kiezen voor “individuegerichte maatregelen”, zoals gedragstherapie of overplaatsing, en te weinig oog hebben voor de psychosociale arbeidsomstandigheden in organisaties, dit terwijl uit onderzoek blijkt dat interventies op de werkplek meer aandacht verdienen.¹⁸² Blijkens een rapport van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO)¹⁸³ heeft het aanpas-

180 Zie de rechtspraak genoemd in § 13.4.2 en § 13.4.3.

181 NCvB, *Signaleringsrapport 2003*, Amsterdam 2003, p. 35. Zie <http://www.beroepsziekten.nl/datafiles/signaleringsrapport%202003.pdf>, 16 september 2004.

182 NCvB, *Signaleringsrapport 2003*, p. 35.

183 <http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/stress/prevpgm.htm#effective>, 15 augustus 2004. Zie verder § 2.4.

HOOFDSTUK 13

sen van de werkomstandigheden in veel gevallen ook meer effect dan het aanbieden van training en/of psychologische begeleiding van de werknemer. Beide maatregelen kunnen ook in aanvulling op elkaar kunnen worden genomen. Het alleen aanbieden van therapie zonder daarnaast andere maatregelen te nemen, lijkt mij slechts zinvol als duidelijk is dat het probleem in de werknemer zit en niet in de werkomstandigheden.¹⁸⁴

Daarmee komen we aan de moeilijke vraag wanneer er sprake is van daadwerkelijke overbelasting en wanneer van een situatie waarin de functie die een werknemer uitoefent voor hem te zwaar is, omdat hij niet over de capaciteiten daarvoor beschikt. Een belangrijke toetssteen in dit opzicht is of collega's in een vergelijkbare functie met dezelfde problemen kampen. Indien dit niet het geval is, ligt het probleem vermoedelijk voornamelijk bij de werknemer. Andere belangrijke vragen in dit opzicht zijn de vraag of de taken die de werknemer verricht qua niveau wel bij zijn functie behoren,¹⁸⁵ of hij extra taken verricht bijvoorbeeld omdat hij waarneemt voor een zieke collega, of hij wellicht twee functies naast elkaar verricht,¹⁸⁶ of hij al tijdenlang geen vakantie heeft kunnen opnemen,¹⁸⁷ of hij voldoende mogelijkheden heeft om zijn werk zelf in te delen,¹⁸⁸ of hij veel moet overwerken,¹⁸⁹ etc.

Een aanknopingspunt voor de vraag wanneer sprake is van daadwerkelijke overbelasting kan verder gevonden worden in de rechtspraak van de CRvB over de vraag wanneer sprake is van excessieve en abnormale omstandigheden en in de wijze waarop de *unusual stress test* in het Amerikaanse *workers' compensation* recht wordt toegepast. Relevant in dit verband is dat de meeste Amerikaanse rechters oordelen dat een vergelijking moet plaatsvinden tussen de functie van de psychische zieke werknemer en vergelijkbare functies van collega's binnen de onderneming of, indien deze vergelijking te weinig gegevens oplevert, met vergelijkbare functies van werknemers die bij een andere onderneming in dienst zijn. Wordt aan de hand van deze vergelijking de conclusie getrokken dat een bepaalde werk-

184 Lindenberg, *AV&S* 2003, p. 19, merkt in dit opzicht op dat expliciete aandacht voor het probleem van overbelasting en het aanbieden van vertrouwelijke professionele (medisch-psychologische) begeleiding hem een minimum-eis lijkt te zijn waar het gaat om te nemen maatregelen in geval van dreigende burn-out. Zoals gezegd lijkt mij dat in veel gevallen hiermee niet volstaan zal kunnen worden.

185 Zie voor een zaak waarin dit niet het geval was: Ktr. Amsterdam 10 oktober 1997, rolnr. 4012/88, *CD-Rom Vrouw en Recht* Clara Wichmann Instituut, nr. 97010472.

186 Vgl. Ktr. Terneuzen 9 juli 1997, *Prg* 1998, 4921. Zie ook *Sandwell Metropolitan Borough Council v Jones* [2002] IRLR 263; [2002] 2 All ER 1 (Court of Appeal).

187 Vgl. BAG, 13.3.1967, *NJW* 1967, 1631 en Ktr. Terneuzen 29 september 2004, *JAR* 2004, 270.

188 Dit was bijvoorbeeld niet het geval in CRvB 7 juli 1994, *TAR* 1994, 184.

189 Vgl. Ktr. Terneuzen 29 september 2004, *JAR* 2004, 270.

nemer daadwerkelijk overbelast is, dan is dat een belangrijke indicatie dat aanpassing van zijn werkzaamheden noodzakelijk is of was geweest. Veelal zal het dan inmiddels te laat zijn omdat de betrokken werknemer al psychisch ziek is geworden. Mijns inziens dient een werkgever evenwel, op het moment dat burn-out dreigt, na te gaan of de reden hiervoor gelegen is in de werkomstandigheden en werkbelasting van de werknemer – waarbij hij zo nodig een vergelijking kan maken met werknemers in vergelijkbare posities binnen of buiten de onderneming als een en ander niet aanstonds duidelijk is – of dat de oorzaak hiervan voornamelijk in de persoon van de werknemer zelf gezocht moet worden. In het eerste geval is duidelijk dat maatregelen in de sfeer van verlichting van de werkdruk/taakbelasting genomen moeten worden, naast eventuele psychologische begeleiding.

In het tweede geval is een werkgever mijns inziens gehouden om psychologische begeleiding te bieden, maar kan van hem daarnaast niet zonder meer verlangd worden dat hij ook maatregelen neemt in de sfeer van aanpassing van de functie etc., teneinde aansprakelijkheid te vermijden. In een dergelijk geval ligt de oorzaak van de dreigende ziekte immers niet zozeer aan de werkomstandigheden, maar aan de capaciteiten/persoonlijkheidsstructuur van de werknemer zelf. Het is dan aan de werkgever om na te gaan of de werknemer zijn functie misschien voor een gedeelte kan doen (tegen een aangepast salaris) of dat binnen de onderneming een andere passende functie voor hem voorhanden is. In dat opzicht kan een parallel getrokken worden met gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers die eveneens hun eigen functie niet of niet goed kunnen vervullen, maar wel in aanmerking komen voor passend werk.

Is geen passende functie voorhanden, dan resteert als enige mogelijkheid beëindiging van het dienstverband. De Engelse rechter heeft in dit opzicht opgemerkt dat van een werkgever niet verlangd mag worden dat hij overgaat tot ontslag of demotie, teneinde aansprakelijkheid te vermijden. Zijn dat de enige denkbare maatregelen die de werkgever kan nemen, doch neemt hij deze niet, dan zal hij naar Engels recht niet aansprakelijk zijn voor de stressschade van de werknemer die toch blijft doorwerken terwijl hij het feitelijk niet redt. Deze benadering lijkt me juist. Indien een werknemer overbelast dreigt te raken doordat hij een functie verricht waarvoor hij de bekwaamheden mist, dan kan mijns inziens van een werkgever niet verlangd worden dat hij, op straffe van aansprakelijkheid, tot eenzijdige degradatie of ontslag overgaat, nog daargelaten dat een dergelijke handelwijze evenzeer beschadigend kan zijn voor de gezondheid van de werknemer als hem laten doorwerken in een niet passende functie. In zo'n situatie is het aan de werknemer om uit te kijken naar een andere functie. Van de werkgever mag, zoals gezegd, verwacht worden dat hij daarbij assistentie biedt. Het gaat dan niet meer zozeer om een veiligheidsverplichting – voorkoming van psychisch letsel – maar om een meer algemene zorgverplichting uit hoofde van goed werkgeverschap om een voor zijn functie niet geschikte werknemer zo mogelijk te herplaatsen.

HOOFDSTUK 13

In de praktijk zal het onderscheid tussen de verschillende situaties die hier zijn geschetst overigens niet altijd goed te maken zijn. Er kan sprake zijn van een werknemer die tijdelijk minder goed functioneert vanwege moeilijkheden in de privé-sfeer. Ook kan er een vermenging ontstaan tussen arbeidsconflict en burn-out. Een werknemer kan ziek worden wegens een arbeidsconflict en kan zich daarna op het standpunt stellen dat hij een burn-out heeft. Het is ook mogelijk dat de burn-out het gevolg is van zowel overbelasting als een arbeidsconflict. Ook kan er gelijktijdig sprake zijn van intimidatie en overbelasting. De aansprakelijkheidsvraag is in dergelijke gevallen niet goed te onderscheiden van de meer algemeen arbeidsrechtelijke vraagstukken inzake het goed werkgeverschap en het goed werknemerschap. In grote lijnen lijkt mij dat, als een werknemer aangeeft het werk niet meer aan te kunnen of als dit uit omgevingssignalen blijkt, een werkgever hiervoor aandacht dient te hebben en met de werknemer, en zo nodig de bedrijfsarts, dient te bespreken welke oplossingen mogelijk zijn. Soms zal dat een oplossing in de sfeer van psychologische begeleiding zijn en soms een oplossing in de sfeer van aanpassing van de werkdruk/werkomstandigheden. Helpt psychologische begeleiding niet en ligt aanpassing van de werkomstandigheden niet in de rede omdat daarmee objectief gezien niets aan de hand is, dan kan de oplossing het beste gevonden worden in het zoeken van een andere functie voor de betrokken werknemer, hetzij binnen hetzij buiten de onderneming.¹⁹⁰ De situatie kan zich tenslotte voordoen dat een werkgever wel maatregelen neemt ter voorkoming van burn-out, maar een werknemer toch ziek wordt. In een dergelijk geval kan een werkgever mijns inziens alleen aansprakelijk worden gehouden indien hij wist of had moeten weten dat de maatregelen niet zouden helpen. Kon hij dit redelijkerwijs niet weten, dan kan hij niet aansprakelijk worden gehouden voor het ondanks de maatregelen ontstane letsel. De werkgever is zijn zorgverplichting dan immers nagekomen. De Engelse rechter merkt in dit opzicht op dat van een werkgever alleen die maatregelen kunnen worden gevergd waarvan kan worden aangenomen dat deze daadwerkelijk zullen helpen. Is onduidelijk of dit het geval is, dan zal de rechter hierover deskundigenbericht moeten inwinnen.¹⁹¹ Dit uitgangspunt lijkt ook voor het Nederlandse recht bruikbaar, zij het dat het mijns inziens ook zonder deskundigenbericht veelal wel duidelijk zal zijn of een werkgever redelijkerwijs mocht menen dat bepaalde maatregelen zou-

190 De meeste van deze verplichtingen heeft een werkgever overigens ook reeds op grond van de Wet verbetering poortwachter. Het verschil tussen deze wetgeving en de verplichtingen die voortvloeien uit art. 7:658 BW (of in voorkomende gevallen uit art. 7:611 BW) is dat de regels uit de Wet poortwachter pas van toepassing zijn als een werknemer zich ziek heeft gemeld, terwijl het bij de aansprakelijkheidsvraag erom gaat wat een werkgever had moeten doen (deze vraag wordt achteraf gesteld) ter voorkoming van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer.

191 *Sutherland v Hatton and three other appeals*, [2002] IRLR 263; [2002] 2 All ER 1.

den helpen. Indien een werkgever zorgvuldig heeft onderzocht welke maatregelen aangewezen waren en hierover overleg heeft gepleegd met de betrokken werknemer en, zo nodig, ook met derden zoals de bedrijfsarts en/of een psycholoog, dan zal hem in de regel niet verweten kunnen worden dat hij de verkeerde maatregelen heeft genomen.

Blijkens de in de § 13.4.2 tot en met § 13.4.4 besproken rechtspraak wordt een werkgever ook niet snel aansprakelijk gehouden vanwege het nemen van verkeerde maatregelen. In de gevallen waarin aansprakelijkheid van de werkgever voor stressschade is aangenomen, is de reden daarvoor steeds geweest dat de werkgever niet had gehandeld op een moment waarop hij dit wel moest doen en niet dat hij verkeerde maatregelen had genomen.¹⁹² Het eerste lijkt in het algemeen meer verwijtbaar dan het tweede. Geen verwijtbaarheid werd aangenomen in een geval waarin een werkgever verschillende maatregelen had genomen, maar een werknemster uiteindelijk toch voor de tweede keer ziek werd wegens burn-out. De werkgever had de werknemster minder stressvol werk gegeven, voor een rustige werkkamer gezorgd, een extra medewerker aangetrokken om haar te ondersteunen, haar werktijden tijdelijk aangepast en belastende werkzaamheden afgestoten. De kantonrechter oordeelde dan ook, mijns inziens terecht, dat de werkgever geen verwijt trof van de ontstane situatie en dat er geen grond was voor toekenning van een vergoeding.¹⁹³ Zelfs in de zaak waarin een werknemer zelfmoord pleegde tijdens een depressie die mogelijk samenhang met zijn werkzaamheden, oordeelde de rechter – in dit geval het Schotse *Court of Session* – dat de werkgever, althans de leidinggevende van de overleden werknemer, had gedaan wat hij moest doen door, direct nadat de werknemer het werk hervatte na ziekte, een dag met hem door te brengen en samen het takenpakket van de werknemer en zijn ideeën voor de toekomst te bespreken, de werklust van de werknemer te verlichten, en telefonisch contact met hem te houden over het werk. Het viel de werkgever daarom niet te verwijten, mede in aanmerking genomen dat hij niet op de hoogte was van de aard en ernst van de depressie van de werknemer, dat deze maatregelen niet hadden geholpen en de werknemer uiteindelijk toch zelfmoord pleegde.¹⁹⁴

192 Zie bijvoorbeeld Ktr. Brielle 30 september 2003, *JAR* 2003, 267; Ktr. Terneuzen, 29 september 2004, *JAR* 2004, 270; CRvB 1 juli 2004, *TAR* 2004, 141; Ktr. Terneuzen 9 juli 1997, *Prg* 1998, 4921; *Walker v Northumberland County Council* [1995] 1 All ER 737 (Queen's Bench Division); *Sandwell Metropolitan Borough Council v Jones* [2002] IRLR 263; [2002] 2 All ER 1 (Court of Appeal); *Barber v Somerset County Council* [2004] 2 All ER 835.

193 Ktr. Den Helder 22 april 2003, *JAR* 2003, 114.

194 *Cross v Highlands and Islands Enterprise*, [2001] IRLR 336 (Scottish Court of Session). Zie ook Ktr. Rotterdam 8 april 2003, *JAR* 2004, 240.

HOOFDSTUK 13

13.5.6 Toepassing van artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW

Tot slot wijd ik, zoals aangekondigd, enige aandacht aan de grondslagendiscussie die in het Nederlandse recht tot in elk geval begin 2005 is gevoerd over de vraag of psychisch letsel als gevolg van overbelasting (stress) op de voet van artikel 7:658 BW voor vergoeding in aanmerking moet kunnen komen, of dat artikel 7:611 BW hiervoor beter geschikt is. Zoals gezegd is door enkele schrijvers aangevoerd dat artikel 7:658 BW, met name vanwege de voor de werknemer gunstige bewijslastverdeling, geen geschikte grondslag vormt voor de vergoeding van psychisch letsel als gevolg van overbelasting.¹⁹⁵ Ook zijn er enkele kantonrechters die hebben geoordeeld dat artikel 7:658 BW geen betrekking heeft op psychisch letsel als gevolg van overbelasting.¹⁹⁶ Andere (lagere) rechters en ook de Centrale Raad van Beroep hebben de vraag of een werkgever aansprakelijk was voor psychisch letsel als gevolg van overbelasting wel in de sleutel van artikel 7:658 BW gezet.¹⁹⁷ De Hoge Raad heeft, zoals gezegd, aan deze discussie een einde gemaakt met zijn uitspraak in ABN AMRO/Nieuwenhuys dat artikel 7:658 BW ook betrekking kan hebben op psychisch letsel, althans indien een zorgplicht als bedoeld in dat artikel is geschonden.¹⁹⁸

Zoals ik reeds heb betoogd in § 3.2.2 acht ik dit oordeel van de Hoge Raad juist, waarbij ik tevens aantekenen dat naar mijn mening een verplichting van de werkgever ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting heel wel kan worden aangemerkt als een verplichting als bedoeld in artikel 7:658 BW, omdat er, zoals ik heb uiteengezet in § 13.5.3 tot en met § 13.5.5, ten aanzien van overbelasting een duidelijke verplichting van de werkgever is aan te wijzen – namelijk om maatregelen te nemen op het moment dat het kenbaar is, hetzij op basis van mededelingen van een bepaalde werknemer hetzij op basis van andere signalen dat hij onder een te zware werklast dreigt te bezwijken – en het bovendien voorzienbaar is dat bij het uitblijven van maatregelen op enig moment ziekte zal ontstaan. Tegen de toepassing van artikel 7:658 BW op psychisch letsel als gevolg van overbelasting behoeven dan ook geen bezwaren te bestaan. Dat laat onverlet dat in een concreet geval voor het aannemen van aansprakelijkheid uiteraard ver-

195 Zie Hartlief, *WPNR* 2001, p. 1067-1068; Hartlief, *RM Themis* 2002, p. 80-83. Zie voor een nuancering van dit standpunt: T. Hartlief, "Kronieken van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 2002-2003", *NTBR* 2003, p. 583. Zie ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag 2004, p. 253-254. Zie verder § 3.2.2.

196 Zie Ktr. Brielle 30 september 2003, *JAR* 2003, 267 en Ktr. Haarlem 18 juni 2003, *JAR* 2003, 188.

197 Ktr. Rotterdam 8 april 2003, *JAR* 2004, 240; Ktr. Amsterdam 11 mei 2004, *JAR* 2004, 152; Ktr. Terneuzen 29 september 2004, *JAR* 2004, 270; CRvB 1 juli 2004, *TAR* 2004, 141.

198 HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84; *RvdW* 2005, 37 (ABN AMRO/Nieuwenhuys).

eist is dat de werkgever is tekortgeschoten in een zorgplicht als bedoeld in artikel 7:658 BW en dat er causaal verband bestaat tussen werk en (psychische) ziekte en tussen tekortschieten en die ziekte. De Hoge Raad wijst hier ook expliciet op in ABN AMRO/Nieuwenhuys.¹⁹⁹

13.6 Vergoeding van psychisch letsel door overbelasting op no-fault basis

13.6.1 Rechtsvergelijkend overzicht

In het Nederlandse ambtenarenrecht en in het Amerikaanse *workers' compensation* recht kan psychisch letsel als gevolg van overbelasting aanspraak geven op een vergoeding op no-fault basis, dat wil zeggen dat voor het recht op een vergoeding niet vereist is dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen.²⁰⁰ Ook in het Nederlandse ontslagrecht kan een vergoeding worden toegekend omdat een werknemer psychisch ziek is geworden door overbelasting op het werk, zonder dat vereist is dat de werkgever een verwijt treft.²⁰¹ Ook daarbij is in zekere zin sprake van vergoeding op no-fault basis, al wordt de ontslagvergoeding dan niet alleen vanwege de ziekte toegekend, maar spelen hierbij ook andere omstandigheden een rol. Door de CRvB wordt, zoals is besproken in § 13.4.2, geen zuivere no-fault benadering toegepast, maar wordt feitelijk nagegaan of de werkgever een tekortkoming valt te verwijten ten aanzien van het ontstaan van de psychische ziekte van de werknemer. Ook in het Amerikaanse *workers' compensation* recht wordt deze benadering, die daar wordt omschreven als de *unusual stress test*, toegepast. Een minderheid van de Amerikaanse rechters past echter wel een zuivere no-fault benadering toe, namelijk de *objective causation test*, waarbij de werknemer alleen behoeft te bewijzen dat hij daadwerkelijk psychisch ziek is en dat deze ziekte is te herleiden tot bepaalde, niet noodzakelijkerwijs buitengewone, gebeurtenissen op het werk.²⁰²

Een voorbeeld van toepassing van de *objective causation test* is te vinden in de uitspraak van het *Michigan Supreme Court* in de zaak *Gardner v. Van Buren Public Schools*.²⁰³ In deze zaak stelde een conciërge dat hij psychisch ziek was geworden

199 Aan het einde van r.o. 4.2.1.

200 Ook het Duitse recht kent een no-fault systeem voor werkgerelateerd letsel, maar daarin geven psychische ziekten als burn-out geen aanspraak op een uitkering. Zie § 8.2.2.

201 Zie § 6.2.4 en § 6.3.3.

202 In het Nederlandse ontslagrecht wordt niet één bepaalde benadering gevolgd. Een benadering op basis van *unusual stress* of op basis van *objective causation* is in sommige uitspraken wel terug te vinden, maar het komt ook voor dat de rechter een vergoeding toekent vanwege andere omstandigheden dan de ziekte of de zaak helemaal niet wil beoordelen en doorverwijst naar een aansprakelijkheidsprocedure. Zie § 6.2.4 en § 6.3.3.

203 445 Mich. 23, 517 N.W.2d 1 (1994, Michigan Supreme Court).

HOOFDSTUK 13

als gevolg van stress op het werk. Zijn werkgever zou aan hem meer werk hebben gegeven dan aan anderen en zou hem daarbij tegenstrijdige instructies verstrekt hebben. Verder zouden collega's opdracht hebben gekregen om hem te bespioneren. Twee deskundigen stelden vast dat de werknemer inderdaad psychisch ziek was. Volgens de ene deskundige lag de oorzaak hiervan in het werk, terwijl volgens de andere deskundige de ziekte was veroorzaakt door de persoonlijkheidsstructuur van de werknemer.

De *Workers' Compensation Appeals Board* kende aan de werknemer een uitkering toe, omdat gebeurtenissen op het werk in belangrijke mate zouden hebben bijgedragen aan het ontstaan van de psychische ziekte van de werknemer. Het *Court of Appeals* draaide deze beslissing terug op de grond dat niet objectief was getoetst of sprake was van werkgerelateerd letsel. Het *Michigan Supreme Court* oordeelde echter dat een werknemer moet bewijzen dat daadwerkelijke gebeurtenissen op het werk in overwegende mate hebben bijgedragen aan het ontstaan van zijn psychische ziekte. Door niet deze maar een strengere maatstaf aan te leggen, had het *Court of Appeals*, naar het oordeel van het *Michigan Supreme Court*, ten onrechte het verzoek om *workers' compensation* van de werknemer afgewezen.

Het *Michigan Supreme Court* eist in deze zaak dus alleen dat er sprake is van reële gebeurtenissen op het werk en dat deze in belangrijke mate aan het ontstaan van de ziekte hebben bijgedragen. De gebeurtenissen behoeven niet buitengewoon te zijn. Het is voldoende dat zij aanwijsbaar zijn. Achtergrond hiervan is de gedachte dat de werkgever de werknemer moet nemen zoals hij is. Een werknemer heeft daarom, indien hij psychisch ziek is geworden als gevolg van bepaalde gebeurtenissen, recht op een vergoeding, ook indien een andere werknemer met een steviger persoonlijkheidsstructuur in dezelfde omstandigheden wellicht niet ziek zou zijn geworden.

Een vergelijkbare beslissing werd genomen door het *Oregon Court of Appeals* in *State Accident Insurance Fund Corp. v. Shilling*.²⁰⁴ De zaak betrof een medewerkster van een *motor vehicle department*²⁰⁵ die stelde psychisch ziek te zijn geworden als

204 66 Or. App. 600, 675 P.2d 1081 (1984). Zie ook *Carter v. General Motors Corp*, 361 Mich. 577, 593, 106 N.W. 2d 105, 113 (1960) – *workers' compensation* in verband met psychisch letsel van lopende band werker die het tempo alleen kon bijhouden als hij twee dingen tegelijk deed. Dan maakte hij echter fouten en kreeg hij kritiek van zijn chef. Zie verder *Globe Machine v. Yock*, 79 Or. App. 9, 15-16, 717 P.2d. 1235, 1239 (1986) – *workers' compensation* voor directeur van een bedrijfsvestiging die psychisch ziek werd door de druk van zijn werk, waaronder het moeten aanvragen van faillissement, het ontslaan van werknemers en het omgaan met crediteuren.

205 Dat is een instantie, vergelijkbaar met de Nederlandse Rijksdienst voor het wegverkeer (RDW), die rijbewijzen uitdeelt en registraties van voertuigen bijhoudt.

gevolg van de continue spanning en belasting die zij in haar functie ondervonden had. De rechters erkenden dat de werkneemster wellicht gevoeliger was voor de gevolgen van werkstress dan de gemiddelde werknemer, maar oordeelden dat zij toch in aanmerking kwam voor *workers' compensation*, omdat sprake was van een werkgerelateerde ziekte. De rechters overwogen als volgt:

"The question is not whether claimant's perception of overwork was accurate or whether claimant was overworked as judged by a standard of what would constitute overwork to the average person on her job. The question is whether there were stress-causing pressures on her job that were 'real'."

Ook hier worden dus geen verdere eisen gesteld aan de oorzaak van de psychische ziekte dan alleen dat dit een werkgerelateerde oorzaak moet zijn. Het feit dat de werkneemster wellicht een predispositie had voor psychische ziekte komt voor rekening van de werkgever en niet voor rekening van de werkneemster.

Voorbeelden van uitspraken waarin een vordering van een werknemer met psychisch letsel als gevolg van overbelasting is afgewezen omdat hij niet voldeed aan de eisen van de *objective causation test* zijn moeilijk te vinden. Indien een werknemer daadwerkelijk psychisch ziek is geworden als gevolg van een te hoge werkdruk geeft de *objective causation test* in beginsel recht op een uitkering, mits de werknemer maar kan aanwijzen door welke omstandigheden op het werk zijn ziekte is veroorzaakt. De toets is in deze zin zeer laagdrempelig. Er wordt niet getoetst of de werkgever een tekortkoming valt te verwijten. Het belangrijkste is dat de werknemer inderdaad kan aantonen dat sprake is van ziekte en dat hij deze ziekte kan koppelen aan bepaalde gebeurtenissen aan het werk.

In het Nederlandse recht wordt een zuivere no-fault benadering in bepaalde gevallen toegepast in het ontslagrecht. Daarin zijn namelijk wel uitspraken te vinden waarin is geoordeeld dat een ontslag zonder toekenning van een vergoeding onredelijk was omdat de werknemer arbeidsongeschikt was geworden door het werk, ook al trof de werkgever daarvan geen verwijt. Zo kende de kantonrechter Amsterdam aan een werknemer een ontbindingsvergoeding toe omdat hij ziek was geworden als gevolg van het feit dat hem in een bepaald jaar een meer dan gebruikelijke hoeveelheid werk was opgedragen, terwijl hij daarmee niet (volledig) bekend was. De kantonrechter liet daarbij in het midden of de werkgever van deze situatie een verwijt trof, maar oordeelde dat het redelijk was om aan de werknemer een vergoeding toe te kennen omdat omstandigheden binnen de onderneming, naast persoonlijke eigenschappen van de werknemer, aan het ontstaan en de ontwikkeling van de ziekte hadden bijgedragen, en omdat de werkgever in de drukke tijd extra had geprofiteerd van de inspanningen van de werknemer.²⁰⁶ In een andere zaak oordeelde de kantonrechter Amsterdam, nadat hij

206 Ktr. Amsterdam 27 februari 1989, *Prg* 1989, 3046.

HOOFDSTUK 13

eerder aansprakelijkheid van de werkgever voor de burn-out van de werknemer had afgewezen omdat niet was aangetoond dat de werkgever tekort was geschoten in zijn verplichtingen, dat aan de werknemer wel een vergoeding inzake kennelijk onredelijk ontslag toekwam, onder meer omdat de rechter het aannemelijk achtte dat de werknemer ziek was geworden door het werk.²⁰⁷

13.6.2 Vergoeding van psychisch letsel door overbelasting op no-fault basis: evaluatie en eigen opvatting

Naar mijn mening is het vergoeden van burn-out op een zuivere no-fault basis (dus op basis van de *objective causation* toets) minder gelukkig, zoals ik ook reeds heb opgemerkt in de hoofdstukken over shockschade en angstschade.²⁰⁸ Bij de *objective causation test* komt de nadruk namelijk sterk te liggen op het al dan niet aanwezig zijn van een psychische ziekte en daarmee op het oordeel van een psychiater of psycholoog, terwijl het twijfelachtig is of door psychiaters en psychologen altijd een scherp onderscheid gemaakt kan worden tussen daadwerkelijke psychische ziekte en lichtere vormen van 'zich psychisch onprettig voelen', in de rechtspraak aangeduid als 'psychisch onbehagen' dan wel *mere mental distress*.²⁰⁹ Daarnaast kan bij de toepassing van de *objective causation test* moeilijk onderscheid worden gemaakt tussen ziekten die het gevolg zijn van het werk en ziekten die het gevolg zijn van de persoonlijkheidsstructuur van de werknemer of van oorzaken in zijn privé-sfeer. In een geval bijvoorbeeld waarin een bepaalde werknemer uitvalt, naar zijn zeggen wegens overbelasting, terwijl collega's in een vergelijkbare positie geen problemen ondervinden, kan op basis van de *objective causation test* aanspraak worden gemaakt op een vergoeding, terwijl de causale relatie met het werk dan toch twijfelachtig is.

Eén en ander blijkt ook uit de hiervoor besproken uitspraken. Noch in de twee Amerikaanse uitspraken noch in de twee uitspraken van kantonrechters in ontslagzaken stond met voldoende mate van zekerheid vast dat de betrokken werknemer ziek was geworden door het werk. In alle vier de zaken kon het ook zijn dat de oorzaak van de ziekte met name in de persoon van de werknemer lag en dat het werk alleen maar de aanleiding was geweest voor het op gang brengen van de ziekte. Door de Amerikaanse rechters wordt dat ook onderkend, maar wordt aangegeven dat het niet noodzakelijk is dat bepaalde gebeurtenissen op het werk geëigend waren om psychische ziekte teweeg te brengen, zolang maar vaststaat dat deze gebeurtenissen daadwerkelijk hebben plaatsgevonden en bij

207 Ktr. Amsterdam 11 mei 2004, *JAR* 2004, 152. Verder speelde een rol dat de werkgever de werknemer in een aantal opzichten niet zorgvuldig had behandeld en zich ook te weinig had ingespannen voor haar reïntegratie. Zie voor een vergelijkbare aanpak Ktr. Hoorn 25 oktober 2004, *JAR* 2005, 57.

208 Zie § 11.4.7 en § 12.6.

209 Zie § 11.4.6 en § 11.4.7.

deze bewuste werknemers een ziekteproces in werking hebben gezet.²¹⁰ Ook in de eerste van de twee ontslagzaken wordt een dergelijke redenering gevolgd waar wordt aangegeven dat het werk, naast persoonlijke eigenschappen van de werknemer, aan het ontstaan van de ziekte heeft bijgedragen. Wat nu echter uiteindelijk de oorzaak van de ziekte was, wordt uit die uitspraak niet duidelijk. Het lijkt mij dat, als aan de werknemer niet een te zware werklast was opgedragen, van hem verwacht had mogen worden dat hij die aan had gekund. Kon hij dat niet, dan lag dat dus niet aan het werk – want er was niet teveel werk opgedragen – maar aan de werknemer zelf. Hetzelfde geldt in de tweede ontslagzaak. Ook daarin werd geoordeeld dat geen sprake was van tekortschieten door de werkgever omdat de werkbelasting van de werkneemster niet uitzonderlijk was. Een werkneemster met een normale weerstand zou, met andere woorden, die werklast aan moeten kunnen. Dat deze werkneemster dat niet kon, is dan een gevolg van haar persoonlijkheidsstructuur en niet zozeer van haar werkzaamheden.

Voorstanders van de zuivere no-fault benadering (de *objective causation test*) zien dit echter anders en zijn van mening dat het feit dat een werknemer wellicht mede ziek is geworden door een kwetsbare persoonlijkheidsstructuur niet aan hemzelf mag worden toegerekend, maar op grond van het leerstuk van de predispositie (de *eggshell skull rule*) voor rekening van de werkgever komt.²¹¹ Het gebruik van de term 'predispositie' vind ik in dit opzicht verwarrend omdat, formeel gesproken, dit leerstuk behoort tot het terrein van de foutaansprakelijkheid en niet tot dat van de vergoeding op no-fault basis. Het wordt in alle vier de onderzochte rechtsstelsels redelijk geacht dat een aansprakelijke partij een slachtoffer moet nemen zoals hij is met zijn zwakke en sterke kanten.²¹² Achtergrond daarvan is enerzijds dat schade concreet begroot moet worden, dat wil zeggen afgestemd op de concrete omstandigheden van het geval, en anderzijds dat een slachtoffer door de aansprakelijke partij in een nadelige positie is gebracht en het daarom niet aangaat dat de gevolgen van een extra kwetsbaarheid van het slachtoffer voor zijn eigen rekening komen.²¹³ In een no-fault systeem is echter geen sprake van een begroting van schade, maar van toekenning van een uitkering

210 445 Mich. 23, 517 N.W.2d 1 (1994, Michigan Supreme Court); 66 Or. App. 600, 675 P.2d 1081 (1984).

211 Vgl. Michael K. Nisbet, "Workers' Compensation and Teacher Stress", 28 *Journal of Law & Education* 531, 1999; Glenn M. Troost, "Workers' Compensation and Gradual Stress in the Workplace", 133 *University of Pennsylvania Law Review* 847, 1985.

212 Zie ook A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer 2003, p. 135-148 met betrekking tot het Nederlandse, Engelse en Duitse recht. Zie ten aanzien van het Amerikaanse recht: § 9.2.2.

213 Zie § 3.7.1. Zie ook C.J.H. Brunner in zijn noot bij ABP / Van Stuyvenberg (HR 4 november 1988, NJ 1989, 751).

HOOFDSTUK 13

die, in de regel, wordt vastgesteld op basis van een bepaald percentage van het salaris. Bovendien doet het er niet toe of de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen en is het daarom ook niet relevant of zwakkere slachtoffers eventueel minder bescherming zouden krijgen dan sterkere slachtoffers als geen rekening zou worden gehouden met hun predispositie. Bij gebreke van een tekortkoming is er immers ook geen ruimte voor het toerekenen van schade aan die tekortkoming. In die zin is toepassing van het leerstuk van de predispositie binnen een zuiver no-fault systeem niet goed denkbaar.

Dat neemt niet weg dat materieel gezien wel een benadering kan worden gevolgd, zoals de *objective causation test*, waarbij een werknemer in aanmerking komt voor psychisch letsel wanneer voldoende duidelijk is dat er enige relatie bestaat tussen dit letsel en zijn werk, ook al is het ontstaan van het letsel wellicht ook beïnvloed door in hemzelf gelegen of andere buiten het werk gelegen factoren. De ervaring leert echter, zo blijkt uit de wijze waarop de *objective causation test* in sommige Amerikaanse staten is toegepast en ook uit de perikelen rond de Nederlandse WAO, dat toepassing van deze benadering leidt tot een sterke toename van claims en daarmee veelal tot een inperking van het betreffende no-fault systeem of zelfs tot volledige afschaffing. Daardoor worden veel grotere groepen werknemers nadelig getroffen dan was gebeurd als een benadering op basis van buitengewone omstandigheden was gehanteerd.²¹⁴

Toepassing van een benadering op grond van *unusual stress* ondervangt deze bezwaren omdat, door het eisen van abnormale gebeurtenissen, met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld dat de burn-out van een werknemer het gevolg is van het werk en niet van andere gebeurtenissen of zuiver en alleen van zijn persoonlijkheidsstructuur. Daardoor blijft ook het aantal claims binnen de

214 Zie in dit opzicht het voorbeeld van Californië, waarin aanvankelijk geen reële gebeurtenis op het werk werd geëist, maar het ook voldoende werd bevonden als een gebeurtenis in de beleving van de werknemer had plaatsgevonden. Nadat het aantal claims vervolgens was vervoevoudigd, werd de wet aangepast. Zie § 9.2.5. Ook de ervaringen die met de WAO zijn opgedaan, zijn in dit opzicht illustratief. Het beroep op de WAO is in de laatste jaren met name toegenomen door het grote aantal werknemers met psychische klachten. Ervan uitgaande dat de Nederlandse beroepsbevolking niet opeens in een veel slechtere psychische conditie is komen te verkeren dan in de voorgaande decennia, betekent dit dat het kennelijk niet goed mogelijk is om vast te stellen wanneer er nu daadwerkelijk sprake is van psychische ziekte en wanneer niet. Toepassing van een te milde toets leidt daarmee tot toekenning van een groot aantal uitkeringen en daarmee een te grote belasting van het systeem. Thans is het Schattingsbesluit zodanig aangepast dat psychische ziekten nog slechts in zeer uitzonderlijke gevallen aanspraak geven op een (volledige) WAO-uitkering. Vgl. *Stb.* 2004, 434. Zie ook B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie* (diss. Leiden 2003), Deventer 2003, p. 9-11.

perken. Zoals reeds bleek in de hoofdstukken 11 en 12 en ook sterk naar voren komt uit de rechtspraak van de CRvB²¹⁵ en die van de Amerikaanse rechter,²¹⁶ betekent het toetsen aan *unusual stress* wel dat in feite wordt nagegaan of sprake is van een tekortkoming van de werkgever. Dit is echter onvermijdelijk, wanneer enerzijds een zuivere no-fault benadering niet wenselijk wordt geacht, maar anderzijds in een bepaald rechtstelsel vergoeding van werkgerelateerd letsel op basis van een no-fault systeem uitgangspunt is in plaats van vergoeding op basis van foutaansprakelijkheid.

13.7 Conclusie

Psychisch letsel als gevolg van overbelasting kan aanspraak geven op schadevergoeding in geval sprake is van foutaansprakelijkheid van de werkgever of op een vergoeding op no-fault basis als kan worden vastgesteld dat er een causale relatie bestaat tussen het werk en de psychische ziekte. In het tweede geval wordt in theorie niet getoetst of de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen, maar gebeurt dat praktisch gesproken toch in die situaties waarin voor het recht op vergoeding wordt geëist dat sprake is geweest van abnormale omstandigheden op het werk. De benadering waarbij dit gebeurt – de *unusual stress test* – acht ik overigens juist, omdat daardoor wordt voorkomen dat ook ziekten die niet, of niet in belangrijke mate, het gevolg zijn van het werk, aanspraak geven op een vergoeding, met alle gevaren vandien voor overbelasting van het no-fault systeem.

Voor het aannemen van foutaansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel van een werknemer als gevolg van overbelasting is naar Nederlands recht niet vereist dat tevens sprake is geweest van (gevaar voor) fysiek letsel. De gebruikelijke criteria voor foutaansprakelijkheid zijn van toepassing, waarbij bijzondere betekenis toekomt aan de zorgplicht van de werkgever als afbakenend criterium voor het wel of het niet aannemen van aansprakelijkheid. Een werkgever heeft in beginsel een verplichting tot het nemen van maatregelen ter voorkoming van psychisch letsel door overbelasting op het moment dat het hem duidelijk is of moet zijn, ofwel doordat de werknemer dit zelf aangeeft ofwel doordat dit uit bepaalde omstandigheden blijkt, dat er een risico bestaat dat de werknemer ziek zal worden. Over de te nemen maatregelen kan de werkgever overleggen met de werknemer, de bedrijfsarts, en zo nodig, een andere deskundige. Zijn de te nemen maatregelen vanuit bedrijfseconomisch of bedrijfsorganisatorisch oogpunt of vanwege de belangen van andere werknemers dermate bezwarend dat van de werkgever niet gevergd kan worden dat hij deze neemt, dan is er geen ruimte voor werkgeversaansprakelijkheid. Met name het eerste – het te bezwarend zijn van maatregelen op bedrijfseconomische of bedrijfsorganisatorische

215 Zie § 13.4.2.

216 § 13.4.4.

HOOFDSTUK 13

gronden – dient echter niet snel te worden aangenomen. Een werkgever heeft in dit opzicht tegenover een werknemer die ziek dreigt te worden door overbelasting een vergelijkbare verplichting als hij heeft tegenover een werknemer die reeds ziek is geworden en tracht te reïntegreren. Indien de enige mogelijke maatregel is dat de werknemer wordt gedegradéerd of ontslagen, kan dit niet van de werkgever gevergd worden. Wel mag van de werkgever verlangd worden dat hij in een dergelijk geval de werknemer adviseert om ander werk te zoeken of een andere functie te aanvaarden en dat hij de werknemer hierbij, indien gewenst en indien mogelijk, assistentie aanbiedt.

14. Psychisch letsel als gevolg van seksuele intimidatie en/of intimidatie op grond van ras

14.1 Inleiding en plan van behandeling

14.1.1 Inleiding en definities

Seksuele intimidatie op de werkplek is één van de oorzaken van psychisch letsel waaraan reeds langere tijd aandacht wordt besteed, namelijk vanaf ongeveer de jaren '70 van de vorige eeuw.¹ Daarbij gaat het niet alleen om de gevolgen ervan voor de gezondheid, maar ook om het verschijnsel als zodanig. Seksuele intimidatie wordt, ook los van de gezondheidsschade die het teweeg kan brengen, als ongewenst beschouwd omdat het een vorm van ongelijke behandeling van mannen en vrouwen is en omdat het vrouwen belemmert om in vrijheid en rust hun (betaalde) werk te verrichten. Vergelijkbaar met seksuele intimidatie is intimidatie vanwege ras of etnische afkomst. Ook deze vorm van intimidatie wordt als ongewenst beschouwd, niet alleen vanwege de mogelijke gevolgen ervan, maar ook vanwege het discriminerende karakter. Bij deze vorm van intimidatie is het in de regel de huidskleur van een werknemer of het feit dat hij van een bepaalde afkomst is die pesterijen uitlokt. Intimidatie wegens ras of etnische afkomst is later in de belangstelling gekomen dan seksuele intimidatie. De laatste jaren wordt aan deze vorm van intimidatie echter een vergelijkbare, zo niet grotere, hoeveelheid aandacht besteed dan aan seksuele intimidatie. Dit is in belangrijke mate het gevolg van Europese wetgeving en dan met name van de in 2000 aangenomen richtlijn 2000/43/EG inzake gelijke behandeling ongeacht ras of etnische afstamming.²

- 1 Zie voor een handzaam overzicht tot 1999: R. Holtmaat, *Seksuele intimidatie op de werkplek*, Nijmegen 1999. Het boek begint met de opmerking dat seksuele intimidatie op de werkplek al zolang bestaat als vrouwen deelnemen aan betaalde arbeid, doch dat het sinds de jaren zeventig van de 20e eeuw bespreekbaar is geworden.
- 2 Richtlijn 2002/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PbEG* 2000 L 180/22. Zie hierover onder meer I.P. Asscher-Vonk, "Gelijke behandeling, richtlijnen, de bomen, het bos", *SMA* 2001, p. 191-195; J. Goldschmidt, "De hete adem van Europa. Implementatie van gelijke behandelingsrecht in Nederland", *NJB* 2001, p. 983-990; A. Veldman, "Nieuwe richtlijnen gelijke behandeling in arbeid en beroep", *Sociaal Recht* 2000, p. 375-377; L. Waddington, "Tweede-generatierichtlijnen Gelijke Behandeling: de nieuwe Richtlijn inzake gelijke behandeling ongeacht ras of etnische afstamming en de Kaderrichtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep", *Sociaal Recht* 2000, p. 357-362.

HOOFDSTUK 14

Het begrip 'seksuele intimidatie' wordt in het Nederlandse recht gedefinieerd in artikel 1 lid 3 sub e Arbowet.³ Volgens dit artikel is sprake van seksuele intimidatie in geval van:

Ongewenste seksuele toenadering, verzoeken om seksuele gunsten of ander verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag waarbij tevens sprake is van een van de volgende punten:

- 1^e onderwerping aan dergelijk gedrag wordt hetzij expliciet hetzij impliciet gehanteerd als voorwaarde voor de tewerkstelling van een persoon;
- 2^e onderwerping aan of afwijzing van dergelijk gedrag door een persoon, wordt gebruikt als basis voor beslissingen die het werk van deze persoon raken;
- 3^e dergelijk gedrag heeft het doel de werkprestaties van een persoon aan te tasten en/of een intimiderende, vijandige of onaangename werkomgeving te creëren, dan wel heeft tot gevolg dat de werkprestaties van een persoon worden aangetast en/of een intimiderende, vijandige of onaangename werkomgeving wordt gecreëerd.

In grote lijnen wordt derhalve onderscheid gemaakt tussen seksuele intimidatie als bedoeld onder 1 en 2, dat wil zeggen het verlangen van bepaald gedrag van een werkneemster als tegenprestatie voor bepaalde beslissingen ten aanzien van haar werk, en intimidatie als bedoeld onder 3, het creëren van een vijandige of onaangename werkomgeving. De eerste vorm van seksuele intimidatie wordt ook wel aangeduid als 'quid pro quo' intimidatie ('voor wat, hoort wat').

Definities van 'seksuele intimidatie' en van 'intimidatie' zijn verder opgenomen in richtlijn 2002/73/EG,⁴ de richtlijn waarbij de oudere richtlijn 76/207/EG betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden is herzien. In deze richtlijn wordt, zoals ook in Engeland, Duitsland en de Verenigde Staten gebruikelijk is⁵ maar in Nederland tot nog toe niet, (seksuele) intimidatie aangemerkt als een vorm van ongelijke behandeling van mannen en vrouwen. De richtlijn definieert 'intimidatie' en 'seksuele intimidatie' als volgt:

'Intimidatie': wanneer er sprake is van ongewenst gedrag dat verband houdt met het geslacht van een persoon en tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd;

- 3 Deze definitie berust op de definitie gehanteerd in de *Guidelines on Sexual Harassment* die in 1980 zijn vastgesteld door de U.S. Equal Opportunity Commission.
- 4 Richtlijn 2002/73/EG d.d. 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *Publicatieblad* Nr. L 269 van 5 oktober 2002, p. 0015-0020.
- 5 Zie hierna, in § 14.3.1

‘Seksuele intimidatie’: wanneer zich enige vorm van ongewenst verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie voordoet met als doel of gevolg dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd.

Deze definities vertonen veel overeenkomsten met die uit de Arbowet met dien verstande dat in de definitie in de richtlijn *quid pro quo* intimidatie niet expliciet wordt genoemd. De definitie van seksuele intimidatie zal in elk geval in de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (WGB) moeten worden opgenomen, nu deze nog geen definitie van seksuele intimidatie bevat en de richtlijn, zoals gezegd, seksuele intimidatie aanmerkt als een vorm van ongelijke behandeling van mannen en vrouwen.⁶ De richtlijn moet uiterlijk 5 oktober 2005 geïmplementeerd zijn. De regering heeft begin 2004 aangegeven dat een wetsvoorstel tot implementatie van de richtlijn in de eerste helft van 2004 ter advisering aan de Raad van State zal worden voorgelegd. In maart 2005 was dit wetsvoorstel nog niet bij de Tweede Kamer ingediend.

Het begrip ‘intimidatie wegens ras of etnische afkomst’ is tot op heden niet gedefinieerd in het Nederlandse recht. Binnenkort zal dit wel gebeuren, namelijk in het kader van de implementatie van richtlijn 2000/43/EG inzake gelijke behandeling ongeacht ras of etnische afstamming (de rassenrichtlijn).⁷ Deze richtlijn bevat een definitie van intimidatie die vrijwel gelijk is aan de hiervoor weergegeven definitie die wordt gehanteerd in richtlijn 2002/73/EG inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Het verschil tussen beide definities is dat het in de rassenrichtlijn aan de lidstaten wordt toegestaan om het begrip intimidatie te definiëren overeenkomstig de nationale wetgeving en praktijken.⁸ Dit doet vreemd aan omdat daardoor de invulling van het begrip intimidatie kan gaan verschillen tussen de lidstaten.⁹ Blijkens het wetsvoorstel tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) in verband met de rassenrichtlijn en de kaderricht-

6 Zie ook E. Cremers, “Kroniek Wgb en Awgb”, *Nemesis* 2003, p. 96.

7 Het wetsvoorstel waarin dit wordt geregeld – voorstel 28 770 tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling en enkele andere wetten ter uitvoering van richtlijn nr. 2000/43/EG en richtlijn nr. 2000/78/EG (EG-implementatiewet Awgb) – ligt momenteel bij de Eerste Kamer.

8 Deze zinsnede is toegevoegd aan de definitie van intimidatie in de richtlijn. Terecht wordt in de literatuur opgemerkt dat dit verwarrend is omdat nu niet duidelijk is of lidstaten zelf mogen kiezen hoe zij het begrip ‘intimidatie’ omschrijven en of, indien dit het geval is, het Europese Hof van Justitie eventuele lacunes in nationale wetgeving zal aanvullen en, zo ja, op welke wijze. Zie Waddington, *Sociaal Recht* 2000, p. 359.

9 Zie Veldman, *Sociaal Recht* 2000, p. 375.

HOOFDSTUK 14

lijn bedrijf en beroep¹⁰ zal in de AWGB komen te staan dat het in die wet neergelegde verbod van onderscheid mede een verbod inhoudt van intimidatie. Intimidatie wordt vervolgens gedefinieerd op dezelfde wijze als in de EG-richtlijnen.

Naast seksuele intimidatie en intimidatie wegens ras zijn er nog andere vormen van discriminatie die tevens grond kunnen vormen voor intimidatie, zoals handicap en leeftijd. Op deze vormen van intimidatie zal in dit boek niet apart worden ingegaan. In grote lijnen geldt hiervoor hetzelfde als in dit hoofdstuk ten aanzien van seksuele intimidatie en intimidatie wegens ras zal worden opgemerkt. Het verschil is dat er ten aanzien van intimidatie op grond van handicap en leeftijd nog weinig tot geen jurisprudentie en literatuur is en het verbod op discriminatie/intimidatie op deze gronden nog in de kinderschoenen staat. Intimidatie wegens seksuele geaardheid zal wel worden besproken, doch als onderdeel van seksuele intimidatie in het algemeen.

Intimidatie wegens ras en/of geslacht kan zowel fysieke klachten als een hoge bloeddruk, maagklachten, hoofdpijnen en dergelijke teweeg brengen als psychische ziekten als depressie, burn-out, een angst- of aanpassingsstoornis etc.¹¹ Dit geldt ook voor vormen van discriminatie die dicht tegen intimidatie aanliggen, maar (net) niet als zodanig aangemerkt kunnen worden, zoals bijvoorbeeld discriminerende manieren van bejegening. Deze vormen van discriminatie zullen in dit hoofdstuk ook aan de orde komen, vanwege hun gelijkenis met intimidatie en omdat ook zij vaak zullen leiden tot het ontstaan van een vijandige werkomgeving, hetgeen een kenmerk is van seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras.¹² Meer 'technische' vormen van discriminatie, zoals het niet betalen van een gelijk loon, het niet verlengen van een arbeidsovereenkomst wegens zwangerschap, het niet aannemen van een sollicitant vanwege zijn huidskleur e.d. worden in dit hoofdstuk niet besproken, maar zullen, voor zover relevant, aan de orde komen in hoofdstuk 16.¹³

10 Deze kaderrichtlijn – richtlijn 200/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000 L 303/16 – heeft tot doel een kader te scheppen voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid op het terrein van de arbeid in ruime zin en het beroepsonderwijs.

11 Zie voor een opsomming met verdere verwijzingen: <http://www.bullyonline.org/stress/health.htm#Symptoms>, 24 september 2004. Uit Nederlands onderzoek blijkt dat 7% van de slachtoffers van seksuele intimidatie ziek thuis is (geweest). Zie J. Soethout en M. Sloep, *Evaluatie Arbowet over seksuele intimidatie, agressie en geweld en pesten op het werk*, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Den Haag 2000, p. 34.

12 Zie art. 1 lid 3 sub e Arbowet en art. 2 lid 3 richtlijn 2000/43/EG (rassenrichtlijn).

13 Dat hoofdstuk heeft betrekking op psychisch letsel als gevolg van personeelsbeslissingen van de werkgever.

14.1.2 *Plan van behandeling*

Seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras kunnen, zoals in § 14.3 zal worden toegelicht, worden bestreden via het antidiscriminatierecht en/of via het arbeidsomstandighedenrecht. In het eerste geval wordt intimidatie hoe dan ook als een ongewenste gedraging beschouwd, los van de gevolgen ervan. In het tweede geval is een dergelijke benadering eveneens mogelijk, maar kan ook als uitgangspunt worden genomen dat een werkgever alleen aansprakelijk kan worden gehouden voor (de gevolgen van) intimidatie als voorzienbaar was dat een werknemer hierdoor ziek zou worden. Op de invulling van de zorgplicht van de werkgever in beide benaderingen zal in § 14.4 en § 14.5 worden ingegaan. Daarbij zal zowel de verplichting van de werkgever om zichzelf van intimidatie te onthouden als zijn verplichting om intimidatie door ondergeschikten te voorkomen en te bestrijden aan de orde komen. In § 14.6 wordt besproken in hoeverre een werkgever kwalitatief aansprakelijk kan worden gehouden voor seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras gepleegd door zijn werknemers. Vervolgens zal aandacht worden besteed aan het vergoeden van psychisch letsel door intimidatie op no-fault basis (§ 14.7). Een afzonderlijke paragraaf wordt gewijd aan de toekenning van smartengeld wegens intimidatie op grond van ras/geslacht (§ 14.8). Uiteraard worden al deze onderwerpen besproken aan de hand van relevante rechtspraak en literatuur uit het Nederlandse, Engelse, Duitse en Amerikaanse recht. Ik begin met het weergeven van enige cijfers over de mate waarin intimidatie voorkomt en over de risicogroepen en risicofactoren daarvoor (§ 14.2).

14.2 Cijfers en achtergronden

Seksuele intimidatie komt regelmatig voor. In de meeste gevallen gaat het om intimidatie door mannen van vrouwen en soms om intimidatie van homoseksuele mannen of vrouwen. Seksuele intimidatie van mannen door vrouwen komt weinig voor. In de Nederlandse rechtspraak zijn daar geen voorbeelden van te vinden¹⁴ en ook in mijn onderzoek naar buitenlandse rechtspraak ben ik ze niet tegengekomen. De cijfers over de omvang van seksuele intimidatie verschillen. In een onderzoek van het ministerie van SZW uit 1993 rapporteerde 32% van de

14 In één ontbindingszaak was de vraag aan de orde of sprake was geweest van seksuele intimidatie door een vrouwelijke manager. De kantonrechter stelde echter vast dat sprake was geweest van een (vrijwillige) relatie. Wel werd de manager onprofessioneel gedrag verweten omdat zij geen melding had gemaakt van de relatie, de werknemer met wie zij de relatie had, thuis had benaderd nadat hij een klacht had ingediend, en zij enerzijds geen openheid van zaken had gegeven, maar anderzijds in een later stadium zelf aangifte van verkrachting had gedaan. Zie Ktr. Hilversum 16 mei 2002, *JAR* 2002, 177.

HOOFDSTUK 14

vrouwen last te hebben had of nog te hebben van seksuele intimidatie.¹⁵ In een onderzoek uit 2000 gaf 14% van de werknemers aan wel eens met seksuele intimidatie te maken te hebben gehad. Daarvan rapporteerde 10% dat dit het geval was op het huidige werk.¹⁶ In een onderzoek uit 2004 waarbij is aangesloten bij het onderzoek uit 2000 wordt aangegeven dat 9% van de werknemers in het voorgaande jaar seksuele intimidatie heeft ondervonden van het publiek en 5% van chefs en/of collega's.¹⁷ De cijfers verschillen dus nogal, maar duidelijk is wel dat een substantieel aantal werkne(e)m(st)ers last heeft van seksuele intimidatie.

Over intimidatie op grond van ras zijn minder cijfers bekend. Onderzoeken waarin specifiek is gekeken naar deze vorm van intimidatie heb ik niet kunnen vinden. Wel zijn er meer algemene onderzoeken naar onder meer pesten en agressie op het werk. Uit een dergelijk in Nederland verricht onderzoek uit 2000 kwam naar voren dat 16% van de werknemers op het huidige werk gepest was en 36% te maken had gehad met agressie en geweld.¹⁸ In 2004 werd een percentage van 15% genoemd voor intimidatie door chefs en/of collega's en 1 tot 5% voor pesten.¹⁹ In een onderzoek dat zich over de Europese Unie uitstreckte, rapporteerden 12 miljoen werknemers dat zij op het werk pesten en psychologisch geweld hadden ondervonden.²⁰ Uit deze onderzoeken valt echter niet af te leiden hoeveel werknemers te maken hadden gehad met intimidatie vanwege hun afkomst of huidskleur. Van het totaal aantal klachten die bij de Commissie gelijke behandeling worden ingediend, had de laatste jaren ongeveer 40% betrekking op

-
- 15 Ministerie van SZW, *Seksuele intimidatie: voorkomen en beleid voeren* (Onderzoek door het Nederlands Instituut voor Arbeidsomstandigheden naar ervaringen in 50 arbeidsorganisaties), Den Haag 1993.
 - 16 Soethout en Sloep, 2000, p. V.
 - 17 *Evaluatie van de Arbowet inzake ongewenste omgangsvormen*, Y. van Dam en M. Engelen in opdracht van het ministerie van SZW, Den Haag 2004, p. 7. Zie ook de reactie op dit rapport van staatssecretaris van SZW Van Hoof d.d. 10 december 2004, TK 2004-2005, 25 879, nr. 51.
 - 18 Soethout en Sloep, 2000, p. V. De FNV noemt overigens een lager percentage gepeste werknemers, namelijk 8% over de drie jaar voorafgaand aan 1998, FNV Barometer 16, *Pesten op het werk*, Amsterdam 1998.
 - 19 *Evaluatie van de Arbowet inzake ongewenste omgangsvormen*, SZW, Den Haag 2004, p. 7. Wat het verschil zou moeten zijn tussen pesten en intimidatie door chefs/collega's wordt in dit onderzoek niet duidelijk gemaakt. Onder intimidatie wordt blijkens het onderzoek ook psychisch en verbaal geweld verstaan. Mogelijk is dus sprake van overlap tussen beide categorieën.
 - 20 P.G.W. Smulders, D.J. Klein Hesselink, G.E. Evers (TNO Arbeid), *"Geweld, intimidatie en discriminatie op het werk in de Europese Unie, een analyse van het databestand van de 'European Work Environment Survey' uit 1996 van de 'European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions'"*, Ministerie van SZW, 1999.

discriminatie naar ras en nationaliteit.²¹ De meeste daarvan hadden betrekking op een wijze van bejegening op de werkvloer, maar daarnaast ging het ook om gestelde taaleisen, beloning en onderscheid bij sollicitaties. Voorts had een deel van de klachten betrekking op discriminatie buiten de sfeer van het werk. Concrete cijfers vallen hier niet uit af te leiden, maar wel is duidelijk dat er bij de Commissie een substantieel aantal klachten over discriminatie/intimidatie wegens ras op de werkvloer binnenkomt.

Uit onderzoek blijkt dat seksuele intimidatie op alle functieniveaus voorkomt.²² Van belang lijkt de getalsverhouding tussen mannen en vrouwen binnen een organisatie te zijn. In situaties waarin vrouwen doordringen in hogere posities of er in korte tijd meer vrouwen komen werken, is het risico op seksuele intimidatie groter. Verder komt seksuele intimidatie relatief veel voor in ondernemingen of op afdelingen waar veel mannen in hogere posities werken en vrouwen in lagere functies.²³ Het risico op seksuele intimidatie is relatief groot voor vrouwen die zich in een kwetsbare positie bevinden.²⁴ Meer specifiek worden als risicogroepen wel genoemd: vrouwen tussen de 25 en 34 jaar, lager opgeleide vrouwen, vrouwen met een functie in het middenkader, vrouwen die voltijds werken, alleenstaande en ongehuwde vrouwen.²⁵ Met betrekking tot intimidatie wegens ras is niet bekend welke werknemers het grootste risico lopen. Aannemelijk lijkt dat ook hierbij, evenals bij seksuele intimidatie, ongelijke machtsverhoudingen een rol spelen. Werknemers in een relatief zwakke positie zullen vermoedelijk meer hinder ondervinden van intimidatie dan werknemers in een hogere functie.²⁶

14.3 Benadering van intimidatie wegens sekse en/of ras vanuit het arbeidsomstandighedenrecht en vanuit het gelijke behandelingsrecht

14.3.1 Rechtsvergelijkend overzicht (algemene verplichtingen)

Zoals reeds aangestipt in § 14.1.1 is de verplichting van de werkgever om seksuele intimidatie te voorkomen en te bestrijden in het Nederlandse recht neergelegd in de Arbowet. Artikel 4 lid 2 Arbowet bepaalt in dit opzicht het volgende:

-
- 21 Zie hierover A.J.Th. Woltjer, "Ras en nationaliteit" in *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2001*, Deventer 2002, p. 15-25.
 - 22 Holtmaat, 1999, p. 20.
 - 23 Holtmaat, 1999, p. 20. Zie ook *Evaluatie van de Arbowet inzake ongewenste omgangsvormen*, SZW, Den Haag 2004, p. 25.
 - 24 Holtmaat, 1999, p. 21. Zij noemt in dit opzicht onder meer gescheiden vrouwen, jonge vrouwen, nieuwkomers op de arbeidsmarkt, leerlingen en stagiaires, oproepkrachten, vrouwen in traditionele mannenberoepen, vrouwen met een handicap, lesbiennes en vrouwen die tot een etnische minderheid behoren.
 - 25 *Evaluatie van de Arbowet inzake ongewenste omgangsvormen*, SZW, Den Haag 2004, p. 26.
 - 26 Vgl. voor de Amerikaanse situatie: Regina Austin, "Employer Abuse, Worker Resistance, and the Tort of Intentional Infliction of Emotional Distress", 41 *Stanford Law Review* 1, 1998.

HOOFDSTUK 14

Artikel 4

- 2 De werkgever voert, binnen het algemene arbeidsomstandighedenbeleid, een beleid met betrekking tot het beschermen van werknemers tegen seksuele intimidatie en tegen agressie en geweld.

In de Arbowet is niet aangegeven hoe dit beleid er precies uit moet zien. Wel is in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel inzake het opnemen van een bepaling inzake seksuele intimidatie in de Arbowet,²⁷ aangegeven dat het tot de zorgplicht van de werkgever behoort om een goede klachtenregeling in het leven te roepen.²⁸ Verder heeft de Minister van SZW in deze Memorie als mogelijke maatregel voor het geval de resultaten van de verplichting inzake seksuele intimidatie zouden tegenvallen, genoemd dat werkgevers verplicht zouden kunnen worden om een vertrouwenspersoon in te stellen.²⁹ Noch deze verplichting noch die inzake het creëren van een goede klachtenregeling is echter in de Arbowet terecht gekomen. De Arbowet verplicht werkgevers wel om een inventarisatie te maken van alle risico's die de arbeid met zich meebrengt, om maatregelen te nemen om verwezenlijking van die risico's te voorkomen en om het effect hiervan regelmatig te evalueren, de zogeheten RI&E.³⁰ Ook dient een werkgever zijn werknemers te informeren over de aard van werkzaamheden, de eraan verbonden risico's en de getroffen maatregelen ter voorkoming van verwezenlijking van die risico's. Daartoe behoort ook voorlichting over het beleid inzake seksuele intimidatie.³¹

De gelijke behandelingswetgeving bevat geen geschreven verplichting van de werkgever om seksuele intimidatie te voorkomen en te bestrijden. Artikel 7:646 BW spreekt enkel over 'onderscheid' en niet ook over 'intimidatie'. De regering heeft er bij de totstandkoming van de AWGB expliciet van af gezien om seksuele intimidatie als discriminatiegrond in de AWGB op te nemen. Als motivering is daarbij genoemd dat het bij seksuele intimidatie veeleer gaat om ongepast gedrag ten opzichte van personen binnen de arbeidsorganisatie, dan om discriminatie naar geslacht.³² Bij het voorstel tot opname in de Arbowet 1994 van de verplichting om seksuele intimidatie tegen te gaan heeft de regering wel aangegeven dat seksuele intimidatie op de werkplek voorkomen zou moeten worden teneinde de mogelijkheden van vrouwelijke werknemers niet systematisch te beperken.³³ De Commissie gelijke behandeling heeft, ondanks de uitspraak van de regering dat seksuele intimidatie niet via de wetgeving inzake gelijke behandeling van man-

-
- 27 Dit is in de Arbowet 1994 art. 3 lid 2 geworden. In de Arbowet 1998 is de tekst van dit artikel ongewijzigd overgebracht naar art. 4 lid 2.
- 28 MvT TK 1992-1993, 23 326, nr. 3, p. 8.
- 29 MvT TK 1992-1993, 23 326, nr. 3, p. 19.
- 30 Art. 5 Arbowet.
- 31 Art. 8 Arbowet.
- 32 EK 1988-1989, 19908, nr. 5b, p. 7. Zie ook Holtmaat, 1999, p. 72.
- 33 TK 1992-1993, 23 326, nr. 3, p. 4.

nen en vrouwen bestreden zou moeten worden,³⁴ zich bevoegd geacht om kennis te nemen van klachten over seksuele intimidatie. Als grond heeft zij daarbij aangevoerd dat

“een vrouwen intimiderende discriminerende werksfeer met zich meebrengt dat de gediscrimineerde werkneemster niet in staat is op dezelfde wijze als haar collega's haar werk te verrichten, hetgeen de arbeidsprestaties nadelig kan beïnvloeden.”³⁵

De Commissie kan echter geen voor partijen bindende uitspraak doen en kan ook geen schadevergoeding toekennen. Wel kan een werkneemster die bij de Commissie gelijk heeft gekregen, vervolgens in rechte schadevergoeding vorderen. Binnenkort zal overigens, zoals opgemerkt in § 14.1.1, in de wet bepaald moeten worden dat seksuele intimidatie (tevens) dient te worden aangemerkt als een vorm van discriminatie, nu richtlijn 2002/73/EG dit voorschrijft.

Intimidatie wegens ras/etnische afkomst zal, zoals gezegd,³⁶ binnenkort verboden worden op grond van de AWGB. In de Arbowet is echter niet bepaald dat een werkgever werknemers dient te beschermen tegen intimidatie wegens ras of etnische afkomst. Gezegd kan worden dat de verplichting om een beleid te voeren tegen agressie en geweld mede betrekking heeft op intimidatie wegens ras. Een meer expliciete, geschreven zorgplicht voor de werkgever ontbreekt echter vooralsnog.³⁷

In het Engelse recht is de verplichting van de werkgever om intimidatie wegens sekse en/of ras te voorkomen niet te vinden in de arbeidsomstandighedenwetgeving, maar in de antidiscriminatiewetten, te weten de *Sex Discrimination Act 1975* (SDA) en de *Race Relations Act 1976* (RRA). Het gaat daarbij om intimidatie die tevens kan worden aangemerkt als discriminatie. Is dat niet het geval, dan kan geen beroep worden gedaan op de SDA en de RRA.³⁸ In de rechtspraak zijn meer-

34 Zie expliciet op dit punt de Staatssecretaris voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid in een brief aan de Tweede Kamer d.d. 10 juni 1992, TK 1991-1992, 22 658.

35 Zie bijvoorbeeld CGB 1 december 1997, *Oordelenbundel Cgb 1997*, 97-122 en AB 1998, 258 met noot R.H.

36 Zie § 14.1.1.

37 Gezien de nadruk die de Europese wetgever legt op het bestrijden van discriminatie en intimidatie wegens ras/etnische afkomst en gelet ook op de overeenkomsten tussen intimidatie wegens sekse en wegens ras lijkt het aan te bevelen om in art. 4 lid 2 Arbowet expliciet op te nemen dat de werkgever mede beleid moet voeren tegen intimidatie op grond van ras of etnische afkomst.

38 Vgl. *Wadman v Carpenter Farrer Partnership* [1993] IRLR 374 (Employment Appeal Tribunal); *Stewart v Cleveland Guest (Engineering) Ltd.* [1994] IRLR 440 (Employment Appeal Tribunal). Zie ook A. McColgan, “Sexual Harassment, Sex Discrimination and Unfair Dismissal”, *Industrial Law Journal* 1995, p. 181-186.

HOOFDSTUK 14

dere voorbeelden te vinden van uitspraken waarin een vordering tot schadevergoeding is afgewezen omdat de rechter niet aangetoond achtte dat de door een werknemster ondervonden seksuele intimidatie tevens als discriminatie moest worden aangemerkt.³⁹ Dit was bijvoorbeeld het geval in *Stewart v Cleveland Guest (Engineering) Ltd.*⁴⁰

Deze zaak betrof een werknemster die als inspecteur bij een ingenieursbedrijf werkte. Haar functie bracht mee dat zij door de productiehhal moest lopen, in welke hal plaatjes van naakte en half naakte vrouwen waren opgehangen. Daarnaast werd zij een aantal keren seksueel geïntimideerd. Uiteindelijk verzocht de werknemster om het weghalen van de plaatjes en posters. De werkgever vond dit verzoek te triviaal om het te beantwoorden en de plaatjes bleven hangen. De werknemster meldde zich vervolgens ziek vanwege een depressie. Daarna verzocht haar gemachtigde van de vakbond namens haar om verwijdering van de plaatjes, hetgeen terstond gebeurde. De werkgever liet echter uitlekken binnen de onderneming dat de reden voor de verwijdering het verzoek van de werknemster was. Dat leidde ertoe dat collega's zich tegen de werknemster keerden en dat zelfs een groepje vrouwelijke werknemers bij de directie kwam melden dat zij de gevoelens van de bewuste werknemster niet deelden. Door deze gang van zaken verloor de werknemster alle vertrouwen in terugkeer bij haar werkgever en nam zij ontslag. Zij vorderde betaling van een ontslagvergoeding alsmede schadevergoeding vanwege discriminatie en intimidatie wegens geslacht.

In de ontslagprocedure werd haar de maximale vergoeding toegekend (£ 11.000,-). In de procedure over de discriminatie/intimidatie werd haar vordering echter afgewezen omdat de rechters niet aangetoond achtten dat sprake was van discriminatie. Het ophangen van de plaatjes zou niet specifiek gericht zijn op vrouwen. Ook een man zou aanstoot hebben kunnen nemen aan de plaatjes. Daarom was niet voldaan aan het ver-eiste dat sprake moest zijn van discriminatie/intimidatie naar geslacht.

In de literatuur is kritiek geuit op deze uitspraak omdat in deze zaak wel degelijk sprake zou zijn van een 'vijandige werkomgeving' en daarmee van seksuele intimidatie.⁴¹ Bovendien is opgemerkt dat de confrontatie met plaatjes van blote of halfblote vrouwen voor mannen niet op dezelfde wijze kwetsend is als voor vrouwen. De Engelse rechter blijft echter als voorwaarde voor een beroep op de SDA eisen dat een vergelijking wordt gemaakt met een maatman van de andere sekse. Zo wees het *House of Lords* in de zaak *Pearce v Governing Body of Mayfield*

39 In uitspraken betreffende intimidatie wegens ras is minder aandacht voor de vraag of intimidatie wel tevens kan worden aangemerkt als discriminatie. Kennelijk wordt dat in dit soort zaken sneller aangenomen. Zie verder § 14.4.3.

40 [1994] IRLR 440 (EAT).

41 McColgan, *Industrial Law Journal* 1995, p. 181-186.

School uit 2003⁴² een vordering tot schadevergoeding af van een lerares die wegens een depressie was uitgevallen nadat zij gedurende langere tijd door leerlingen systematisch was gepest met haar lesbische geaardheid, omdat niet was aangetoond dat een mannelijke homoseksueel op andere wijze zou zijn behandeld. Derhalve was geen sprake van seksuele intimidatie, aldus het *House of Lords*. Door Lord Scott werd in dit verband opgemerkt dat de SDA niet is gericht op het bestrijden van pesten/intimidatie in het algemeen:

"The 1975 Act is an Act to combat discrimination. It is not an Act to combat harassment."⁴³

In de literatuur is naar aanleiding van dit arrest gewezen op het feit dat richtlijn 2002/73/EG,⁴⁴ de richtlijn waarbij de oudere richtlijn 76/207/EG betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden is herzien, seksuele intimidatie als zodanig verbiedt, los van de vraag of een vergelijking met een maatman de conclusie oplevert dat sprake is van discriminatie. Seksuele intimidatie wordt steeds geacht discriminatie te zijn. Dat betekent dat een uitspraak als in deze zaak binnenkort niet meer gedaan zal kunnen worden.⁴⁵

Hiernaast is in de, in § 14.4.3 nog te bespreken, uitspraak in *Waters v Commissioner of Police of the Metropolis*⁴⁶ geoordeeld dat een werkgever onder omstandigheden civielrechtelijk aansprakelijk kan zijn voor gezondheidsschade van een werknemer als gevolg van intimidatie. De contouren van die aansprakelijkheid zijn echter nog onduidelijk.

Ook in het Duitse recht is, evenals in het Engelse recht, de algemene verplichting van de werkgever om werknemers tegen seksuele intimidatie te beschermen neergelegd in de gelijke behandelingswetgeving, om precies te zijn in het *Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz* (kort: het

42 *MacDonald v Advocate General for Scotland and Pearce v Governing Body of Mayfield School* [2003] UKHL 34, [2003] IRLR 512.

43 Zie onder 117 van de uitspraak.

44 Richtlijn 2002/73/EG d.d. 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *Publicatieblad* Nr. L 269 van 5 oktober 2002, p. 0015-0020.

45 Zie D. Manknell, "Discrimination on Grounds of Sexual Orientation, Harassment, and Liability for Third Parties", *Industrial Law Journal* 2003, p. 297-309. De richtlijn moet uiterlijk 5 oktober 2005 geïmplementeerd zijn.

46 [2000] I.C.R. 1064 (House of Lords).

HOOFDSTUK 14

Beschäftigtenschutzgesetz).⁴⁷ Het *Beschäftigtenschutzgesetz* verplicht de Duitse werkgever om maatregelen te nemen om seksuele intimidatie te voorkomen en het voortduren ervan tegen te gaan als de intimidatie al heeft plaatsgevonden. Daarnaast kan de verplichting van de werkgever om werknemers tegen seksuele intimidatie te beschermen naar Duits recht afgeleid worden uit het algemene gebod om mannen en vrouwen gelijk te behandelen (§ 611a BGB). Dit gebod is in de wet niet nader geconcretiseerd. Een werkgever is voorts naar Duits recht op grond van de *Fürsorgepflicht* van de werkgever, dan wel diens verplichting om het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer te beschermen, gehouden om een werknemer bescherming te bieden tegen intimidatie en discriminatie. Deze verplichting vloeit niet voort uit de gelijke behandelingswetgeving, maar meer algemeen uit de verplichting van de werkgever om zorgvuldig met de belangen van werknemers om te gaan.⁴⁸ Ziekte als gevolg van seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras geeft in beginsel geen aanspraak op een uitkering krachtens de collectieve ongevallenverzekering, het SGB, omdat deze vormen van intimidatie niet worden beschouwd als een arbeidsongeval of een beroepsziekte als bedoeld in die regeling.⁴⁹

Ook in het Amerikaanse recht tenslotte wordt seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras met name bestreden via het antidiscriminatierecht, namelijk via Titel VII van de *Civil Rights Act 1964*. In deze wet is bepaald dat een werkgever onrechtmatig handelt indien hij een werknemer ongelijk behandelt op het gebied van loon, arbeidsvoorwaarden of voordelen voortvloeiend uit het werk vanwege het ras, de huidskleur, de godsdienst, de sekse of de nationale herkomst van die werknemer.⁵⁰ In de rechtspraak is beslist dat de wet ook strekt tot bescherming tegen intimidatie welke is gestoeld op één van de in Titel VII genoemde gronden.⁵¹ Verder kan seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras op het werk in bepaalde gevallen een onrechtmatige daad opleveren, indien kan worden aangenomen dat sprake is van opzettelijk toegebracht geestelijk letsel⁵² en geeft ziekte als gevolg van intimidatie in sommige staten recht op *workers' compensation*.⁵³

47 Zie in detail over de inhoud van deze regeling M. Worzalla, "Das Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis", *NZA* 1994, p. 1016-1021.

48 Oorspronkelijk vloeit de verplichting van de werkgever om het persoonlijkheidsrecht van de werknemer te beschermen, voort uit de Duitse Grondwet. Door het *Bundesgerichtshof* is beslist dat dit recht ook horizontale werking heeft. Zie § 8.4.1.

49 Zie verder § 8.2.2.

50 Civil Rights Act 42 U.S.C. 2000e-2(a)(1) (1994).

51 *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57 (Supreme Court, 1986).

52 Namelijk uit hoofde van de *Tort of the Intentional Infliction of Emotional Distress*. Zie § 9.4.

53 Zie § 14.7.4.

14.3.2 *Arbeidsomstandighedenrecht of gelijke behandelingsrecht: evaluatie en eigen opvatting*

Uit voorgaande blijkt dat seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras in Engeland en de Verenigde Staten, en tot op zekere hoogte ook in Duitsland, met name wordt bestreden via het antidiscriminatierecht.⁵⁴ In Nederland is dat tot nog toe niet het geval. Hierin gaat echter, zoals gezegd, verandering komen als gevolg van de EG-richtlijnen op het gebied van gelijke behandeling ongeacht ras of etnische afkomst en gelijke behandeling m/v.⁵⁵ Opvallend in het Nederlandse recht, wanneer dit wordt vergeleken met de andere drie onderzochte rechtssystemen, is dat de verplichting om seksuele intimidatie te bestrijden expliciet onderdeel vormt van de arbeidsomstandighedenwetgeving. In Duitsland, Engeland en de Verenigde Staten is dat slechts in beperkte mate het geval.

In zowel de Nederlandse als de buitenlandse literatuur wordt door verschillende auteurs gepleit voor een benadering vanuit het arbeidsomstandighedenrecht.⁵⁶ Als reden daarvoor wordt in de eerste plaats genoemd dat het niet steeds goed mogelijk is om intimidatie, in het bijzonder seksuele intimidatie, te persen in het keurslijf van de discriminatie. Met name indien als uitgangspunt wordt genomen dat, in geval een beroep wordt gedaan op de gelijke behandelingswetgeving, steeds een vergelijking gemaakt moet worden met een werknemer van de andere sekse, kunnen problemen ontstaan, zoals blijkt uit de hiervoor besproken Engelse zaken *Stewart v Cleveland Guest (Engineering) Ltd.*⁵⁷ en *Pearce v Governing Body of Mayfield School*.⁵⁸ Was in die zaken het uitgangspunt geweest dat onderzocht moest worden of sprake was van een vijandig werkklimaat – het uitgangspunt van de Nederlandse Arbowet – dan was vermoedelijk wel tot aansprakelijkheid gecon-

54 In Duitsland geldt dit nog niet zozeer voor intimidatie op grond van ras, maar wel voor seksuele intimidatie.

55 Zie verder § 14.1.1.

56 R. Holtmaat, "(Seksuele) Intimidatie en (on)gelijke behandeling: nieuwe normen, nieuwe praktijken?" in *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2003*, red. D.J.B. de Wolff, p. 105-106, met verschillende verdere verwijzingen in noot 87; Rosa Ehrenreich, "Dignity and Discrimination: Toward a Pluralistic Understanding of Workplace Harassment", 88 *Georgetown Law Journal* 1, 1999; McColgan, *Industrial Law Journal* 1995, p. 186.

57 [1994] IRLR 440 (Employment Appeal Tribunal).

58 *MacDonald v Advocate General for Scotland and Pearce v Governing Body of Mayfield School* [2003] UKHL 34; [2003] IRLR 512. Het is overigens geen wet van Meden en Perzen dat steeds een dergelijke strikte vergelijking met een maatman van het andere geslacht gemaakt moet worden, zoals in deze zaken. Dat sprake was van discriminatie van Pearce had ook vastgesteld kunnen worden op basis van het feit dat haar lesbische geaardheid de reden was voor het pesten, los van de vraag of een mannelijke homoseksueel in dezelfde situatie ook geïntimideerd zou zijn.

HOOFDSTUK 14

cludeerd.⁵⁹ Hiernaast wordt in de literatuur opgemerkt dat intimidatie wegens geslacht of ras niet zozeer een vorm van discriminatie is vanwege een bepaalde hoedanigheid, maar een aantasting van de waardigheid van de betrokkene als persoon. In de woorden van de Amerikaanse schrijfster Ehrenreich:

“The workplace harassment of women is wrong, not because women are women, but because women are human beings.”⁶⁰

Hetzelfde kan gezegd worden over intimidatie wegens ras/etnische afkomst. Een benadering vanuit het arbeidsomstandighedenrecht, waarbij uitgangspunt is dat een werkgever ervoor dient te zorgen dat een werknemer niet geïntimideerd dan wel gepest wordt op het werk, sluit beter aan bij dit uitgangspunt dan een benadering waarbij het accent ligt op discriminatie.

Kritiek op het op één lijn stellen van seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras met pesten in het algemeen is er ook. Naar de mening van Friedman en Whitman zal het, indien alle vormen van intimidatie – ook pesten vanwege uiterlijk, de positie van een werknemer binnen de onderneming of afdeling, zijn manier van doen etc. – als ontoelaatbaar worden beschouwd, niet goed meer mogelijk zijn om specifiek bescherming te bieden tegen seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras.⁶¹ Zij vrezen dat in dat geval allerlei werknemers zich op bescherming tegen pesten gaan beroepen, waardoor uiteindelijk die werknemers die echt met discriminatie te kampen hebben, hun bescherming verliezen.

Naar mijn mening is deze kritiek onvoldoende steekhoudend. Het is natuurlijk mogelijk dat het gelijke behandelingsrecht minder gebruikt zal worden als in alle gevallen van intimidatie, ongeacht de oorzaak, een beroep gedaan kan worden op het arbeidsomstandighedenrecht. Dit is echter bepaald niet zeker. Seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras kunnen namelijk, ook indien intimidatie/pesten als zodanig als ontoelaatbaar wordt aangemerkt, nog steeds worden aangemerkt als specifieke vormen daarvan. Bijzonder aan deze vormen is dan dat zij zowel kunnen worden bestreden via het arbeidsomstandighedenrecht als ook via het antidiscriminatierecht. De tweede route kan extra bescherming bieden aan werknemers indien wordt aangenomen dat, als eenmaal vaststaat dat intimidatie heeft plaatsgevonden, hiervoor geen rechtvaardiging meer kan wor-

59 Zie in dit opzicht ook Holtmaat, 2003, p. 106, die opmerkt dat de ervaring die in de Verenigde Staten is opgedaan met het bestrijden van seksuele intimidatie als een vorm van ongelijke behandeling niet onverdeeld gunstig is te noemen, zodat het beter is om naar andere effectievere manieren te zoeken.

60 Ehrenreich, 88 *Georgetown Law Journal* 1, 1999.

61 Gabrielle S. Friedman and James Q. Whitman, “The European Transformation of Harassment Law: Discrimination versus Dignity”, *Columbia Journal of European Law*, Spring 2003, p. 241-274.

den aangedragen.⁶² In de meeste gevallen zal een beroep op het arbeidsomstandighedenrecht echter meer soelaas bieden omdat bij een aanpak op grond van het antidiscriminatierecht steeds moet worden aangetoond dat sprake is van discriminatie, terwijl bij een benadering vanuit het arbeidsomstandighedenrecht rechtstreeks aansluiting kan worden gezocht bij de zorgplicht van de werkgever ter voorkoming en bestrijding van seksuele intimidatie en pesten. Verder ben ik van mening dat seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras naar hun aard niet wezenlijk verschillen van andere vormen van intimidatie. Seksuele intimidatie en intimidatie wegens ras kunnen vormen van discriminatie zijn in die zin dat zij specifiek vrouwen en/of werknemers van een bepaalde etnische afkomst belemmeren om goed te functioneren, maar het zijn vooral ook verschijnselen die de arbeidsomstandigheden van de geïntimideerde werknemers nadelig beïnvloeden. Bij een benadering vanuit het arbeidsomstandighedenrecht kan met dit laatste aspect beter rekening worden gehouden dan met een benadering vanuit het antidiscriminatierecht.

14.4 Zorgplicht ter voorkoming en bestrijding van (psychisch letsel door) seksuele intimidatie en intimidatie wegens ras: rechtsvergelijkend overzicht

14.4.1 Plan van behandeling

Indien een benadering wordt gevolgd vanuit het gelijke behandelingsrecht is geen nadere invulling van de zorgplicht van de werkgever noodzakelijk. In dat geval hoeft namelijk alleen vastgesteld te worden of de seksuele intimidatie of de intimidatie op grond van ras kan worden aangemerkt als discriminatie of niet. Zo ja, dan is de werkgever daarvoor in principe aansprakelijk.⁶³ Er zijn dan geen aanvullende criteria van toepassing, zoals bijvoorbeeld dat de intimidatie/discriminatie voorzienbaar moet zijn geweest. Wordt een benadering gevolgd vanuit het arbeidsomstandighedenrecht, dan is een nadere invulling van de zorgplicht van de werkgever wel noodzakelijk. Dit kan dan vervolgens op twee manieren gebeuren, namelijk via een benadering waarbij het grondrechtelijke karakter van

62 Deze benadering is gekozen in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd, de Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte en het wetsvoorstel tot wijziging van de AWGB in verband met de implementatie van de rassenrichtlijn en de kaderrichtlijn bedrijf en beroep. Zie hierover Holtmaat, 2003, p. 101-103.

63 In een aantal gevallen is rechtvaardiging van de discriminatie mogelijk, met name als het gaat om indirecte discriminatie. Ik laat deze materie hier verder rusten, omdat ik vooral wil onderzoeken wat de inhoud van de zorgplicht van de werkgever ter voorkoming van psychische ziekte door seksuele intimidatie en/of intimidatie op grond van ras is en niet zozeer wanneer sprake is van discriminatie.

HOOFDSTUK 14

de intimidatie voorop staat en via een benadering waarbij de nadruk ligt op het voorkómen van letselschade. In de eerste benadering is het voor het recht op schadevergoeding niet noodzakelijk dat voorzienbaar was dat door de seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras (psychisch) letsel zou worden geleden. Het enkele feit dat intimidatie wegens sekse en/of ras heeft plaatsgevonden, kan dan recht geven op een vergoeding van (immateriële) schade. Wel moet de werkgever uiteraard geweten hebben dat sprake was van intimidatie of van een reëel risico daarop. In het tweede geval – de benadering vanuit letselschade – is voorzienbaarheid van het letsel wel een vereiste voor aansprakelijkheid. Het niet voorkómen van de intimidatie als zodanig geeft daarbij geen recht op schadevergoeding.

In het hiernavolgende zal worden gezien welke benadering in het Nederlandse, Engelse, Duitse en Amerikaanse recht voorop staat. Verder zal worden onderzocht hoe de zorgplicht voor het overige wordt ingevuld in deze rechtsstelsels. Daarbij geldt als uitgangspunt dat in beide hiervoor geschetste benaderingen de werkgever in ieder geval geweten moet hebben dat sprake was van intimidatie wegens sekse en/of ras of van een reëel risico daarop, wil hij voor de gevolgen daarvan aansprakelijk gesteld kunnen worden. Ook voor aansprakelijkheid in een grondrechtelijke benadering is dat namelijk het minimale vereiste. Verder zal worden gezien welke maatregelen, afgaand op de rechtspraak en literatuur in de onderzochte rechtsstelsels, van een werkgever kunnen worden verwacht ter voorkoming en bestrijding van seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras. Tot slot wordt kort ingegaan op de toepassing van artikel 7:658 BW als grondslag voor de vergoeding van schade als gevolg van seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras. Het rechtsvergelijkend overzicht is te vinden in § 14.4. De evaluatie ervan en mijn eigen opvattingen komen aan de orde in § 14.5.

14.4.2 *Zorgplicht werkgever naar Nederlands recht*

Inleiding

De algemene verplichting van de werkgever ter voorkoming en bestrijding van seksuele intimidatie is naar Nederlands recht, zoals reeds opgemerkt in § 14.3.1, neergelegd in artikel 4 lid 2 Arbowet. Deze verplichting is reeds tamelijk concreet – zeker als vergeleken wordt met de zeer algemene verplichtingen ter voorkoming van overbelasting, zoals beschreven in § 13.5.1 – maar behoeft toch nog nadere invulling in concrete gevallen. In de rechtspraak zijn dan ook uit de norm van artikel 4 lid 2 Arbowet meer specifieke verplichtingen afgeleid. Ook zijn er uitspraken waarin meer in het algemeen wordt gerefereerd aan de verplichting van de werkgever om werknemers tegen seksuele intimidatie te beschermen, zonder dat expliciet op de wettelijke grondslag hiervoor wordt teruggegrepen. Daarin vormt het ongeschreven recht de basis voor de invulling van de zorgplicht van de werkgever.

Aansprakelijkheidsrecht

De eerste uitspraak waarin foutaansprakelijkheid van de werkgever is aangenomen wegens niet nakoming van zijn verplichting om een werkneemster te beschermen tegen seksuele intimidatie is gedaan door de kantonrechter Rotterdam in 1998⁶⁴ en in hoger beroep bevestigd door de rechtbank Rotterdam.⁶⁵ Het ging in die zaak om een werkneemster in een ziekenhuis die werd lastig gevallen door een daar gevestigde longarts. Zij meldde zich op enig moment ziek en diende een klacht in bij de in het ziekenhuis fungerende algemene geschillencommissie. Deze oordeelde een jaar later dat er sprake was geweest van ongewenste seksuele toenadering en concludeerde dat het wenselijk was dat een andere positie voor de werkneemster zou worden gezocht. Het ziekenhuis maakte de werkneemster vervolgens attent op vier andere functies, waarnaar zij kon solliciteren. De werkneemster deed dit, doch zonder resultaat. Daarop verzocht het ziekenhuis de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

De kantonrechter ontbindt onder toekenning van een vergoeding van f 45.000,- aan de werkneemster. De werkneemster stelt vervolgens het ziekenhuis op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk voor de materiële en immateriële gevolgen die zij heeft ondervonden van de seksuele intimidatie. De kantonrechter wijst haar vordering deels toe, waarna het ziekenhuis in hoger beroep gaat bij de rechtbank.

De rechtbank oordeelt dat het ziekenhuis op grond van artikel 7:658 BW de verplichting had en heeft om te zorgen voor een werkomgeving die vrij is van seksuele intimidatie. Naar de mening van de rechtbank bestaat deze verplichting in elk geval sinds omstreeks 1990⁶⁶ omdat vanaf dat tijdstip, mede gelet op de maatschappelijke ontwikkelingen, het overheidsbeleid dat erop gericht was werkgevers en werknemers bewust te maken van seksuele intimidatie op de werkplek zodanig uitgekristalliseerd was dat van werkgevers verwacht mocht worden dat zij een gericht beleid tegen seksuele intimidatie gingen voeren. Het ziekenhuis heeft echter geen gericht en samenhangend beleid gevoerd. Het heeft bijvoorbeeld eerst in 1995 een definitief geschillenreglement bekend gemaakt aan het personeel, hoewel het heeft gesteld dat het al vanaf 1987 bezig was met een klachtenregeling voor klachten over seksuele intimidatie. Daarom is het ziekenhuis aansprakelijk voor de door werkneemster geleden schade. De rechtbank oordeelt dat met de ontbindingsvergoeding de (materiële) gevolgen van het ontslag geregeld zijn, maar dat aan de werkneemster nog een vergoeding van immateriële schade toekomt ter hoogte van f 20.000,-.

De rechtbank is derhalve van mening dat de werkgever een gericht beleid had moeten voeren tegen seksuele intimidatie en had moeten zorgen voor een behoorlijke klachtenregeling (of geschillenregeling). De rechtbank laat zich echter niet uit over de inhoud van de klachtenregeling. Dit gebeurt wel in een uitspraak

64 Ktr. Rotterdam 21 april 1998, *RN* 1998, 923.

65 Rb. Rotterdam 30 september 1999, *JAR* 1999, 230.

66 De werkneemster was in dienst vanaf 1992 en heeft vanaf 1995 aangegeven dat zij problemen ondervond in verband met seksuele intimidatie.

HOOFDSTUK 14

van de kantonrechter Alkmaar die is gewezen naar aanleiding van een vordering tot schadevergoeding van een werknemer die stelde ten onrechte van seksuele intimidatie beschuldigd te zijn.⁶⁷ De kantonrechter formuleert in die uitspraak een aantal eisen waaraan een behoorlijke klachtenregeling naar zijn oordeel moet voldoen. Het gaat daarbij om de volgende beginselen:

- de in de klachtenregeling voorgeschreven termijnen moeten in acht worden genomen;
- aan de beschuldigde werknemer moet een afschrift van de volledige inhoud van de klacht worden verstrekt en hij moet de identiteit van de klaagster(s) mogen weten;
- een klacht die niet de ongewenste seksuele gedragingen ten aanzien van individuele klagers noemt, moet niet-ontvankelijk worden verklaard;
- aan de beklagde moeten tijdig volledige verslagen van de verhoren worden verstrekt dan wel, indien er redenen zijn voor het niet toezenden van verslagen van verhoren waarbij de beklagde niet aanwezig is geweest, moet gemotiveerd aan hem worden meegedeeld wat die redenen zijn;
- een klacht kan niet zonder motivering worden uitgebreid.

Van belang is verder dat de kantonrechter overweegt dat een eventueel tekortschieten door de interne klachtencommissie van de werkgever aan de werkgever moet worden toegerekend. De werkgever dient erop toe te zien dat een klachtencommissie kwalitatief voldoende is toegerust en is berekend voor haar taak. Uit de overweging ten aanzien van het, zo mogelijk, verstrekken van verslagen van de verhoren waar de beklagde werknemer niet bij geweest is, kan afgeleid worden dat de kantonrechter het niet noodzakelijk vindt dat een beklagde aanwezig is bij het horen van de klaagster(s). Dit lijkt ook niet wenselijk, omdat door een dergelijk vereiste een slachtoffer van seksuele intimidatie ervan weerhouden zou kunnen worden om een klacht in te dienen.

Andere verplichtingen van de werkgever blijken uit een uitspraak van de president van de rechtbank Amsterdam uit 2001.⁶⁸ Deze uitspraak betrof een werknemster die seksueel geïntimideerd en verkracht was door haar leidinggevende. Naar aanleiding van haar klacht heeft de werkgever een extern bureau opdracht gegeven om de zaak te onderzoeken. Nadat dit onderzoek gereed was, weigerde de werkgever om een afschrift van het rapport aan de werknemster te verstrekken. De werknemster heeft vervolgens in kort geding op de voet van artikel 7:658 BW een voorschot op de vergoeding van immateriële schade gevorderd en een afschrift van het rapport.

67 Ktr. Alkmaar 19 augustus 1998, *JAR* 1998, 191.

68 Pres. Rb. Amsterdam 22 februari 2001, *RN* 2001, 1319.

De rechter oordeelt dat de werkgever zijn verplichting om een beleid tegen seksuele intimidatie te voeren niet is nagekomen. De werkgever heeft geen klachtenregeling getroffen en geen onafhankelijke vertrouwenspersoon aangewezen. Verder heeft de werkgever te weinig aandacht gehad voor de belangen van de werkneemster nadat de intimidatie en de verkrachting hadden plaatsgevonden, hetgeen onder meer blijkt uit het feit dat hij pas onder druk van de procedure een afschrift van het onderzoeksrapport heeft willen verstrekken. De rechter kent een voorschot op de schadevergoeding toe van f 10.000,-.

Als concrete verplichting wordt hier wederom het treffen van een klachtenregeling genoemd en daarnaast het aanwijzen van een vertrouwenspersoon. Verder dient de werkgever oog te hebben voor de belangen van de geïntimideerde werkneemster, hetgeen onder meer meebrengt dat, als een onderzoek wordt ingesteld en een rapport opgesteld, de werkneemster daarvan een kopie dient te ontvangen.

In een uitspraak van de kantonrechter Utrecht⁶⁹ wordt uitgebreid ingegaan op de verschillende verplichtingen die een werkgever heeft met betrekking tot seksuele intimidatie. In die zaak was een werkneemster tijdens een *happy hour* op vrijdag seksueel geïntimideerd door haar manager in het bijzijn van negen mannelijke collega's. De manager had zijn broek laten zakken en schunnige opmerkingen gemaakt en vervolgens, toen de werkneemster daar niet op inging, f 25,- op tafel gelegd en de andere mannelijke werknemers uitgenodigd dit bedrag te verhogen teneinde te bezien of de werkneemster dan wel bereid was tot de niet door haar gewenste handelingen. Toen de werkneemster na het weekend weer ging werken, hoorde zij dat het incident van vrijdag uitgebreid en op hilarische wijze besproken werd door de mannen op haar afdeling. Zij is vervolgens naar haar manager gedaan, maar deze ontkende het gebeuren. De dagen daarop is een vervelende sfeer ontstaan en heeft de werkneemster zich ziek gemeld. De klachtencommissie van de werkgever is een onderzoek gestart. Naar aanleiding daarvan is de manager ontslagen. De werkneemster is na enige tijd ziek te zijn geweest (slapeloosheid, concentratieproblemen, angsten) weer aan het werk gegaan. Toen bleek dat het ontslag van de manager haar werd aangerekend. De werkneemster heeft daarop tijdelijk op een andere afdeling gewerkt. Toen zij weer terugkwam op haar oude afdeling werd zij steeds geconfronteerd met schunnige grappen als ze mannelijke collega's op de trap of in de gang tegenkwam. Uiteindelijk heeft dit tot langdurige ziekte van de werkneemster geleid. Na twee jaar ziekte is zij door de werkgever ontslagen. Vervolgens heeft zij een vergoeding gevorderd uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag alsmede schadevergoeding wegens schending door de werkgever van de zorgplicht van artikel 7:658 BW.

69 Ktr. Utrecht 1 augustus 2001, JAR 2001, 195.

HOOFDSTUK 14

De kantonrechter kent een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag toe omdat hij het aannemelijk acht dat de werkneemster ziek is geworden door de gebeurtenissen bij de werkgever (f 20.000,-). Ten aanzien van de vordering op grond van artikel 7:658 BW overweegt de rechter dat de werkgever heeft aangetoond dat hij een preventief beleid tegen seksuele intimidatie voerde. Verder had hij een klachtenregeling en heeft de werkneemster daar, met behulp van de vertrouwenspersoon, gebruik van gemaakt. De klachtenbehandeling diende aan de werkneemster de garantie te geven dat haar zaak serieus werd behandeld en dat zij werd beschermd tegen nadelige gevolgen van de seksuele intimidatie. Gebleken is dat de procedure bij de werkgever daaraan voldeed. De werkgever mocht de eis stellen dat een klacht eerst in behandeling wordt genomen als die formeel en schriftelijk is ingediend. De werkgever heeft, aldus de rechter, ook voldaan aan zijn verplichting op grond van artikel 8 Arbowet om voorlichting en onderricht te geven en aan zijn verplichting op grond van artikel 4 lid 2 Arbowet om mogelijke nadelige consequenties te bestrijden door een goede klachtenbehandeling. De werkgever is echter tekortgeschoten bij uitvoering van de RI&E en het daarop gebaseerde plan van aanpak. Het was bekend dat op de afdeling waar de werkneemster werkte meer dubbelzinnige opmerkingen werden gemaakt dan elders en dat de afdeling het meest ongeregelde rotzooitje was in vergelijking met andere afdelingen. De werkgever had in het kader van de risico-inventarisatie het risico op seksuele intimidatie op deze afdeling in kaart moeten brengen en had als onderdeel van het plan van aanpak een intensievere begeleiding van de bewuste manager moeten doorvoeren. Doordat hij dit niet heeft gedaan, is de werkgever tekortgeschoten in zijn verplichtingen ex artikel 7:658 BW. Daarom komt aan de werkneemster, in aanvulling op de vergoeding van f 20.000,- die aan haar is toegekend uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag, een vergoeding van immateriële schade toe van f 15.000,-.

Dit is de meest gedetailleerde uitspraak tot nog toe over de verplichtingen die een werkgever heeft om seksuele intimidatie te voorkomen en de gevolgen ervan te bestrijden. Wederom wordt genoemd dat een werkgever een goede klachtenregeling moet hebben alsmede een vertrouwenspersoon. Ook wordt opnieuw aangegeven dat voorlichting over het beleid inzake seksuele intimidatie gewenst is. Relevant is dat de rechter oordeelt dat een werkgever in het kader van het uitvoeren van de RI&E en het opstellen van het plan van aanpak moet nagaan of op bepaalde afdelingen een sfeer heerst waarin het tot seksuele intimidatie kan komen en, zo ja, de leidinggevende van deze afdeling intensief moet begeleiden. Tenslotte is er nog een uitspraak van de kantonrechter Harderwijk in een zaak waarin de werkneemster was geïntimideerd door de werkgever zelf.⁷⁰ De zaak betrof een werkneemster in een kleine supermarkt die gedurende 2,5 jaar seksuele intimidatie en pesterijen van haar werkgever had ondervonden en ook door deze was aangerand. De intimidatie vond zowel op het werk plaats alsook thuis bij de werkneemster. Zij was op een gegeven moment ziek thuis omdat zij door aanraking met een botsplinter van een karbonade een posttraumatische reflexdystrofie had opgelopen. Ook in die periode zette de werkgever de seksuele intimidatie echter voort. Uiteindelijk deed de werkneemster aangifte van seksueel misbruik bij de politie. Onder meer naar aanleiding daarvan is de werkgever straf-

70 Ktr. Harderwijk 25 april 2001, *JAR* 2001, 118.

rechtelijk veroordeeld. De werkneemster heeft vervolgens in een civiele procedure op grond van artikel 7:658 BW juncto artikel 3 Arbowet vergoeding gevorderd van de door haar geleden materiële schade, bestaande uit kosten van psychologische behandeling, reiskosten etc., inkomensschade nader op te maken bij staat, en van immateriële schade ter hoogte van f 30.000,-.

De kantonrechter overweegt dat de zorgplicht van de werkgever zoals verwoord in artikel 7:658 BW mede omvat hetgeen is bepaald in de voorschriften in de Arbowet. In de Arbowet wordt uitdrukkelijk verwezen naar het beschermen van de gezondheid en het welzijn van werknemers. Deze bescherming houdt onder meer in dat een werkgever er voor moet waken dat zijn werknemers niet het slachtoffer worden van seksueel misbruik. De werkgever heeft dit voorschrift geschonden door de werkneemster seksueel en anderszins lastig te vallen. De werkneemster beroept zich daarom terecht op artikel 7:658 BW. De kantonrechter wijst vervolgens de afzonderlijke door de werkneemster gestelde schadeposten ten aanzien van diverse kosten vrijwel integraal toe en veroordeelt de werkgever tevens tot vergoeding van de inkomensschade. De hoogte daarvan dient in de schadestaatprocedure te worden vastgesteld. Ook het gevorderde bedrag ad f 30.000,- aan smartengeld acht de rechter billijk gelet op het ernstig psychisch lijden dat de werkgever de werkneemster heeft aangedaan, de lange duur van de vernederende behandelingen (onder andere publiekelijk uitschelden), de lange duur van het seksueel misbruik, de voortzetting daarvan op een moment dat de werkneemster ziek thuis was en tenslotte het feit dat de werkneemster een volgende baan heeft moeten opzeggen omdat zij, als gevolg van wat de werkgever haar had aangedaan, niet meer in staat was om op een normale manier met mannelijke collega's om te gaan.

In deze zaak is het evident dat de werkgever zijn zorgplicht om een werkneemster te vrijwaren van seksuele intimidatie niet is nagekomen. In de hiervóór besproken zaken was het steeds de vraag in hoeverre de werkgever aansprakelijk was voor seksuele intimidatie gepleegd door één of meerdere van zijn werknemers. Daarbij deed zich de vraag voor wat van de werkgever verwacht mag worden ten aanzien van preventief beleid en onder welke omstandigheden en op welk moment hij dient in te grijpen indien in concrete gevallen seksuele intimidatie plaatsvindt. In de zaak van de kantonrechter Harderwijk was het echter de werkgever zelf die zich bezondigde aan seksuele intimidatie en dan ook nog in een ernstige vorm, zoals het lastig vallen van de werkneemster in haar privé-sfeer en het overgaan tot aanranding. In een dergelijk geval is het evident dat de werkgever onrechtmatig handelt en daarmee aansprakelijk is voor eventuele schade die het gevolg is van zijn handelwijze.

Een voorbeeld van een uitspraak waarin aansprakelijkheid van de werkgever is aangenomen voor (de gevolgen van) intimidatie/discriminatie op grond van ras is te vinden in het ambtenarenrecht.⁷¹ De uitspraak is gewezen naar aanleiding van het verzoek van een ambtenaar, medewerker van een penitentiaire inrichting,

71 Rb. Zwolle 12 februari 2002, TAR 2002, 83 en, in hoger beroep, CRvB 6 februari 2004, TAR 2004, 62.

HOOFDSTUK 14

om toekenning van smartengeld vanwege door hem ondervonden discriminatie en intimidatie op grond van zijn donkere huidskleur. De ambtenaar in kwestie was bij een Rijksinrichting (gevangenis) in dienst op basis van een tijdelijke aanstelling. Deze aanstelling werd door de werkgever voortijdig beëindigd. Na vijf verschillende bezwaar- en beroepsprocedures werd dit ontslagbesluit door de werkgever ingetrokken en werd de ambtenaar alsnog in vaste dienst aangesteld. Naar aanleiding van een klacht van de ambtenaar heeft de Commissie Gelijke behandeling een onderzoek ingesteld. Uitkomst daarvan was dat er binnen de Rijksinrichting sprake was van een discriminerende bejegening van allochtone werknemers. Tevens heeft de Commissie geconcludeerd dat bij de arbeidsvoorwaarden en bij de beëindiging van het dienstverband direct onderscheid op grond van ras is gemaakt. De ambtenaar heeft vervolgens verzocht om toekenning van een vergoeding in verband met de door hem geleden immateriële schade. Daartoe heeft hij een psychiatrisch rapport overgelegd waarin is aangegeven dat de wijze waarop hij op het werk en bij de beëindiging van zijn dienstverband is behandeld, heeft geleid tot psychiatrische pathologie in de vorm van agorafobie (pleinvrees) en een ernstige depressie en dat het effect van het achterwege blijven van verontschuldiging en rehabilitatie door de werkgever een dagelijkse pijn tot gevolg heeft gehad. De werkgever heeft een bedrag van f 15.000,- aangeboden als smartengeld, welk aanbod door de ambtenaar van de hand is gewezen. De rechtbank heeft de vergoeding voor immateriële schade vastgesteld op € 23.000,- netto. Daartoe heeft de rechtbank als volgt overwogen:

In onderhavig geval is de rechtbank van mening dat de werkgever een zeer ernstig verwijt valt te maken van de door zijn toedoen aan de ambtenaar berokkende immateriële schade. Daarbij heeft de rechtbank met name het oog op het feit dat de ambtenaar in zijn werk – zowel van de zijde van directe collega's als van de zijde van de directie van de inrichting waar hij werkte – te maken heeft gekregen met discriminatie waartegen door of vanwege de werkgever niet is opgetreden, op het feit dat de ambtenaar op ondeugdelijke gronden is ontslagen en op het feit dat de werkgever pas na meerdere procedures is overgegaan tot herstel van de rechtspositie van de ambtenaar. Daar komt bij dat de ambtenaar, blijkens de psychiatrische rapportage, vanaf 1993 tot juni 1996 psychische klachten heeft gehad, waarvoor hij onder behandeling is geweest, welke klachten hun oorsprong vonden in de door de ambtenaar in zijn werk ondervonden discriminatie en zijn ontslag en die zijn bestendigd door de wijze waarop de werkgever de diverse procedures van de ambtenaar heeft afgehandeld zonder dat op enig moment aan de ambtenaar excuses zijn aangeboden. De rechtbank acht het aangeboden bedrag van f 15.000,- daarom te laag en stelt het smartengeld vast op € 23.000,- netto. Verder merkt de rechtbank op dat het aanbieden van excuses ook thans nog meer dan op zijn plaats zou zijn.

In het vervolgens door de Rijksinrichting ingestelde hoger beroep bevestigt de CRvB de uitspraak van de rechtbank. Ook de CRvB stelt vast dat de ambtenaar geestelijk leed is aangedaan doordat hij in zijn werkkring langdurig en stelselmatig is gediscrimineerd en zijn leidinggevend niet op zijn klachten hebben gereageerd, maar hem integendeel juist hebben geconfronteerd met negatieve

rechtspositionele gevolgen voor hemzelf, waaronder ontslag. Bovendien zijn excuses van de werkgever langdurig uitgebleven. Gelet ook op de ernstige psychische klachten die de ambtenaar hierdoor heeft ondervonden, is het bedrag van € 23.000,- netto voor het onderhavige geval een billijke vergoeding.

Het is evident in deze uitspraak dat de werkgever zijn zorgplicht niet is nagekomen, nu hij – dat wil zeggen de directie van de Rijksinrichting – zich in de eerste plaats zelf heeft schuldig gemaakt aan intimidatie/discriminatie wegens ras en in de tweede plaats niet is opgetreden tegen de discriminatie/intimidatie die de ambtenaar van zijn collega's ondervond. Daarnaast heeft de werkgever de situatie verergerd door de ambtenaar ten onrechte te ontslaan, dit ontslag eerst in te trekken na langdurige procedures en na te laten excuses aan te bieden aan de ambtenaar. De werkgever heeft de ambtenaar hierdoor ernstig geestelijk leed berokkend.

Uiteraard wordt niet in alle gevallen waarin een werknemer zijn werkgever aansprakelijk stelt voor (de gevolgen van) seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras, zijn vordering toegewezen. In een uitspraak van de rechtbank Breda werd aansprakelijkheid voor seksuele intimidatie van de hand gewezen omdat de werkneemster onvoldoende zou hebben duidelijk gemaakt in welke verplichting haar werkgever was tekortgeschoten en omdat geen sprake zou zijn van voor vergoeding vatbare schade.⁷² De uitspraak betreft een adjunct-directeur op een school die stelde seksueel geïntimideerd te zijn door de directeur van de school. Op enig moment heeft zij hierover een klacht ingediend bij de klachtencommissie. Deze heeft geoordeeld dat bepaalde gedragingen van de directeur inderdaad als seksuele intimidatie moesten worden aangemerkt. De werkgever heeft de werkneemster laten weten dat zij de directeur ter verantwoording heeft geroepen, maar heeft geen verdere stappen genomen, naar zijn zeggen omdat uit feitenmateriaal dat eerst na het onderzoek door de klachtencommissie naar boven was gekomen, was gebleken dat ook de werkneemster een kwalijke rol had gespeeld in het geheel. De werkneemster heeft vervolgens zowel de school als de directeur aansprakelijk gesteld op grond van onrechtmatige daad voor door haar als gevolg van seksuele intimidatie ondervonden schade.

De rechtbank stelt vast dat tussen partijen een relatie heeft bestaan en dat de werkneemster op een gegeven moment heeft aangegeven deze te willen stoppen. De directeur heeft toen nog aangedrongen op voortzetting van de relatie en is de werkneemster met 'vrouwke' blijven aanspreken. De rechtbank merkt deze gedragingen aan als seksuele intimidatie. Niettemin wijst de rechtbank de vordering tot schadevergoeding tegen de directeur af omdat niet is gebleken dat de schade die de werkneemster stelt te hebben geleden het gevolg is van de seksuele intimidatie. De werkneemster zou om andere redenen in therapie zijn gegaan dan de intimidatie en zou ook de school, 1¹/₂ jaar na de gebeurtenissen met de direc-

72 Rb. Breda 5 maart 2002, *JAR* 2002, 223.

HOOFDSTUK 14

teur, om een andere reden verlaten hebben. Voor een vergoeding van immateriële schade is geen grond, aldus de rechtbank, omdat geen sprake is geweest van langdurige seksuele intimidatie en de gedragingen van de directeur, nu deze plaatsvonden in een situatie waarin een persoonlijke relatie werd beëindigd, niet een zodanige ernstige aantasting in de persoon vormen dat hiervoor een schadevergoeding op zijn plaats is.

Met betrekking tot de vordering tegen de werkgever oordeelt de rechtbank dat ook hier geldt dat geen voor vergoeding vatbare schade is geleden, omdat niet vaststaat dat de werknemer als gevolg van de seksuele intimidatie schade heeft ondervonden. Verder maakt, aldus de rechtbank, het ontbreken van een preventief beleid ten aanzien van seksuele intimidatie de werkgever nog niet zonder meer aansprakelijk voor de gevolgen van seksuele intimidatie die zich voordoen. Gebleken is dat de werknemer wist tot wie zij zich moest wenden met haar klacht, ondanks het ontbreken van beleid. Voorts heeft de werknemer niet gesteld welke maatregelen de werkgever had moeten nemen om haar te beschermen tegen de seksuele intimidatie. Tot slot heeft de werkgever weliswaar de klachtenprocedure niet correct afgerond door bij zijn eindoordeel nieuwe, aan de werknemer niet bekende, stukken te betrekken, maar is niet gebleken dat hierdoor schade is ontstaan bij de werknemer. Haar vordering is enkel gebaseerd op de seksuele intimidatie en niet op een onjuist uitgevoerde klachtenprocedure.

Het belangrijkste argument van de rechtbank om aansprakelijkheid van de hand te wijzen, is dat niet is vastgesteld dat de werknemer schade heeft geleden door de intimidatie noch in materieel noch in immaterieel opzicht. Het enkele feit dat intimidatie heeft plaatsgevonden tijdens het werk is onvoldoende, aldus de rechtbank, om aan te nemen dat er sprake is van schade geleden in de uitoefening van de werkzaamheden. Dit zal vaak anders liggen omdat, ook indien wordt vastgesteld dat de seksuele intimidatie geen vermogensschade teweeg heeft gebracht, er veelal sprake zal zijn van een aantasting in de persoon die recht geeft op smartengeld. In onderhavig geval acht de rechtbank een dergelijke aantasting echter niet aanwezig, omdat geen sprake is geweest van langdurige intimidatie en omdat de intimidatie die er was zich heeft afgespeeld in de context van de beëindiging van een persoonlijke relatie.

Ontslagrecht

Niet alleen in aansprakelijkheidsprocedures maar ook in ontslagprocedures wordt met enige regelmaat door de rechter vastgesteld dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen ter voorkoming en bestrijding van seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras. De rechter oordeelt dan dat het ontslag van de geïntimideerde werknemer aan de werkgever te wijten is omdat hij te weinig maatregelen heeft genomen om de intimidatie te voorkomen, of, in de ernstiger gevallen, zichzelf aan de intimidatie heeft schuldig gemaakt. Aan de

werknemer komt in dat geval een vergoeding toe omdat hij door de seksuele intimidatie of de intimidatie wegens ras zijn dienstverband kwijt raakt.⁷³

Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van de kantonrechter Apeldoorn in een ontbindingszaak.⁷⁴ In deze zaak verzocht een werkneemster ontbinding met toekenning van een vergoeding omdat zij arbeidsongeschikt was geworden als gevolg van seksuele intimidatie gepleegd door haar direct leidinggevende. De werkgever zou haar klachten niet op correcte wijze behandeld hebben. De werkgever stelt dat de arbeidsongeschiktheid van de werkneemster het gevolg is van problemen in de privé-sfeer.

De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst vanwege de ernstig verstoorde verstandhouding tussen partijen. Ten aanzien van de vraag of een vergoeding geïndiceerd is, overweegt de rechter dat bij de werkgever noch een klachtenregeling is getroffen noch een vertrouwenspersoon aanwezig is, dit ondanks het feit dat bij de werkgever ongeveer 325 mensen werken. Verder heeft de werkgever de werkneemster haar klachten naar voren laten brengen tegenover twee mannelijke stafleden van de afdeling Personeelszaken. Deze hebben de verklaringen van de werkneemster aan de werknemers van haar afdeling voorgelegd en hun reacties vastgelegd. Op grond daarvan heeft de werkgever geconcludeerd dat de door de werkneemster genoemde problemen het gevolg waren van relaties in de privé-sfeer en heeft hij alle werknemers van de afdeling, waaronder de werkneemster zelf, verzocht een loyaliteitsverklaring te tekenen. De kantonrechter acht deze handelwijze weinig zorgvuldig. De werkgever heeft verzuimd om nogmaals een gesprek met de werkneemster aan te gaan teneinde daarin haar zienswijze op de reactie van haar collega's te vernemen. Dit is des te ernstiger, nu de werkneemster van mening is dat het gesprek met de stafleden van PZ door hen niet juist is weergegeven. Daarnaast hebben de stafleden direct nogal verstrekkende conclusies getrokken. Tenslotte is duidelijk dat de werkgever niet in staat is geweest om de bij de werkneemster levende problemen van een zeer delicaat karakter tijdig te onderkennen. Naar het oordeel van de rechter is daarom toekenning van een vergoeding van f 20.000,- billijk (ongeveer C=2).

Evident is dat de rechter van mening is dat deze werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen. Hoewel het een groot bedrijf is, is er geen klachtenregeling en geen vertrouwenspersoon.⁷⁵ Verder acht de rechter de wijze waarop de werkge-

73 Een overzicht van relevante rechtspraak is te vinden bij Holtmaat, 1999. Zie met name de nrs. 1, 9, 10, 11, 14, 16, 18, 19, 20, 23, 25, 35, 57, 59, 72, 78, 99, 106 en 110.

74 Ktr. Apeldoorn 31 januari 1995, *JAR* 1995, 84; *Prg* 1995, 4273.

75 Zie in dit opzicht ook Ktr. Apeldoorn 4 maart 2003, *Prg* 2003, 6118 – ontbinding op verzoek werkgever na mislukte reïntegratie van werkneemster die ziek was geworden door seksuele intimidatie. De kantonrechter stelt vast dat de werkgever ten onrechte geen beleid had ten aanzien van seksuele intimidatie. Daardoor zijn klachten van verschillende vrouwelijke werkneemsters gestrand in de organisatie. Uiteindelijk is een discussie ontstaan met personeelszaken en is een vertrouwenspersoon aangesteld. Voor de werkneemster was dit echter te laat. De kantonrechter past daarom correctiefactor 4 toe (vergoeding = € 13.185,-).

HOOFDSTUK 14

ver is omgegaan met de klachten van de werkneemster weinig zorgvuldig. Een werkgever behoort niet de uitkomsten van een vertrouwelijk gesprek over seksuele intimidatie aan de gehele afdeling voor te leggen en dient in elk geval, als hij dat toch doet, de reacties van de afdeling eerst nog met de werkneemster te bespreken voordat hij de klachten van de hand wijst.

Een iets minder extreme situatie kwam aan de orde in een uitspraak van de kantonrechter Rotterdam uit 1997.⁷⁶ Daarin vroeg een werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een werkneemster wegens slechte financiële omstandigheden. De werkneemster vroeg op haar beurt om toekenning van een vergoeding vanwege seksuele intimidatie die zij ondervonden had van haar directe chef, de heer C. Zij stelde zich als gevolg hiervan ziek te hebben moeten melden en psychiatrische hulp te hebben moeten inroepen.

De kantonrechter ontbindt op grond van de economische redenen. Met betrekking tot de seksuele intimidatie acht de rechter het aannemelijk geworden dat de werkneemster ernstig heeft geleden onder de seksuele intimidatie van C. Weliswaar is ook aannemelijk geworden dat de directeur C. tot de orde heeft geroepen, maar er is onvoldoende gedaan om het geschonden vertrouwen van de werkneemster in de leiding van het bedrijf te herstellen. De oorzaak daarvan zou deels kunnen zijn dat de directeur C., in de aanwezigheid van de werkneemster, in het Chinees heeft toegesproken, een taal die de werkneemster niet beheerst. Aannemelijk is voorts geworden dat de werkneemster als gevolg van de seksuele intimidatie ziek is geworden en zich onder psychiatrische behandeling heeft moeten stellen. Dat zijn omstandigheden die in ieder geval voor rekening en risico van de werkgever komen, daargelaten wat de directeur persoonlijk heeft gedaan om C. te corrigeren. Aan de werkneemster komt daarom een hogere vergoeding van materiële schade toe dan gebruikelijk alsook een vergoeding van immateriële schade (f 1.500,-).

De rechter oordeelt in deze uitspraak dat de werkgever weliswaar de betrokken werknemer heeft gecorrigeerd, maar zich vervolgens te weinig heeft ingespannen om het vertrouwen van de werkneemster in het bedrijf te herstellen. In die zin heeft de werkgever verwijtbaar gehandeld. Ook los daarvan komt aan de werkneemster een vergoeding toe, louter op grond van het feit dat zij ziek is geworden door seksuele intimidatie op het werk en zich onder psychiatrische behandeling heeft moeten stellen. Daarbij is niet relevant of de werkgever al dan niet is tekortgeschoten in zijn verplichtingen.

Verwijtbaar handelen werd ook aangenomen in een uitspraak van de kantonrechter Zutphen die werd gedaan naar aanleiding van een ontbindingsverzoek van een werkneemster die ziek was geworden vanwege zowel discriminatie/intimidatie op grond van ras als op grond van geslacht.⁷⁷ De werkneemster, een verpleegkundige, stelde dat zij niet goed kon functioneren en uiteindelijk arbeidsongeschikt was geraakt als gevolg van seksueel getinte opmerkingen en van nega-

76 Ktr. Rotterdam 19 augustus 1997, RN 1998, 873.

77 Ktr. Zutphen 5 november 1998, Prg 1999, 5118.

tieve uitlatingen van collega's en van haar begeleidster over haar huidskleur. Zij heeft een klacht ingediend bij het antidiscriminatiebureau en heeft ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht.

De rechter acht het aannemelijk dat de werkneemster is gediscrimineerd en geïntimideerd op grond van geslacht en huidskleur. Dit blijkt uit het verslag van het gesprek dat heeft plaatsgevonden tussen de werkneemster, de twee collega's op wie haar klacht betrekking had, de personeelsmanager, de betrokken clustermanager, en een gespreksleider van het antidiscriminatiebureau. In dit verslag is vermeld dat de begeleidster van de werkneemster heeft gezegd dat haar huid de kleur had van schoensmeer en dat de mannelijke collega heeft opgemerkt dat hij de werkneemster wel naakt uit een taart zag springen. Verder is niet bestreden dat de mannelijke collega ook opmerkingen heeft gemaakt over het spreken met een dikke W en opmerkingen heeft gemaakt als "trek je jarretelgordel maar naar beneden" en "ik zie je wel lopen in een gouden tangaslip met piercings." Het feit dat de werkneemster zich niet tot de vertrouwenspersoon heeft gewend, kan haar, aldus de rechter, niet euvel worden geduid nu zij dacht de zaak zelf te kunnen klaren. De rechter merkt op dat het hem heeft verbaasd dat niet is gebleken van enige maatregel die de werkgever, hetzij naar aanleiding van de door de werkneemster genoemde voorbeelden van rassendiscriminatie en ongewenste intimiteiten, concreet jegens de betrokken collega's heeft genomen, hetzij van een beleid dat hij in het algemeen voert ter voorkoming van dergelijk gedrag van haar personeel. Het is welhaast onvoorstelbaar, aldus de rechter, dat binnen het ziekenhuis anno 1996 een zodanig klimaat heerste- en misschien nog heerst - dat meerdere werknemers zich van dergelijke grensoverschrijdende uitlatingen bedienden. Volgt toekenning van een vergoeding van f 25.000,- bruto (ruim twee jaar in dienst, salaris f 2.646,- per maand) en veroordeling van de werkgever in de proceskosten.

Het lijkt niet voor discussie vatbaar dat in deze zaak sprake was van discriminatie en mogelijk ook van intimidatie. Ook is duidelijk dat deze werkgever ernstige nalatigheid kan worden verweten, zowel in het algemeen - geen beleid tegen discriminatie/intimidatie - als in het concrete geval - niet opgetreden tegen de intimiderende werknemer(s). De vergoeding is daarom naar verhouding hoog. In termen van de kantonrechtersformule is sprake van een correctiefactor gelegen tussen 4 en 5.

Ambtenarenrecht

Ook uit de rechtspraak van de ambtenarenrechter in zaken waarin beoordeeld wordt of sprake is van een psychische beroepsziekte valt het een en ander af te leiden over de reikwijdte en inhoud van de zorgplicht van de werkgever ter voorkoming van seksuele intimidatie en/of intimidatie op grond van ras, nu daarin - vanwege het vereiste dat sprake moet zijn van excessieve of abnormale omstandigheden op het werk - feitelijk wordt getoetst of de werkgever een verwijt valt te maken van het ontstaan van de ziekte.⁷⁸ In dit opzicht is een uitspraak van de rechtbank Arnhem uit 1996 relevant, waarin de vraag aan de orde was of bij een

78 Zie uitgebreid § 5.3.

HOOFDSTUK 14

medewerker grafische arbeid bij een penitentiaire inrichting sprake was van een psychische beroepsziekte als gevolg van discriminatie op het werk.⁷⁹ De betreffende ambtenaar, zes jaar in dienst, was in juni/juli 1992 kortdurend ziek vanwege overspannenheidsklachten. Op 12 oktober 1992 viel hij uit vanwege hartklachten. Daarna onderging hij hiervoor dotterbehandelingen. De ambtenaar stelde dat zijn hartklachten het gevolg waren van discriminatie op het werk. Een bepaalde collega zou langdurig en stelselmatig discriminerend jegens hem zijn opgetreden in verband met zijn donkere huidskleur. De ambtenaar zou hiervan regelmatig mededeling hebben gedaan aan zijn superieuren, maar adequate actie zou vóór het optreden van de hartklachten niet hebben plaatsgevonden. Eerst in september 1993 is de collega overgeplaatst. De ambtenaar heeft verklaringen van enkele andere collega's en van het plaatsvervangend hoofd van de afdeling grafische arbeid overgelegd. De werkgever heeft opgemerkt dat het gedrag van de collega weliswaar storend was, maar dat dit geen abnormale of excessieve factor was. Andere collega's van de ambtenaar zouden ook niet ziek zijn geworden door het gedrag.

De rechtbank concludeert dat uit de beschikbare medische informatie niet kan worden afgeleid dat de hartklachten van de ambtenaar zijn ontstaan als rechtstreeks en objectieverbaar gevolg van het werk, maar is van mening dat er wel een oorzakelijk verband bestaat tussen de omstandigheden op het werk en het gedurende lange tijd uitblijven van reïntegratie van de ambtenaar. De rechtbank wijst in dit verband op een brief van de bedrijfsarts waaruit naar voren komt dat de uitval van de ambtenaar in juni/juli 1992 is veroorzaakt door discriminerende opmerkingen en dat in 1993, na de dottering, is gestart met een zeer moeizaam verlopende reïntegratie, welke werd gehinderd door de aanwezigheid van een collega die als de aktor in het discriminatieproces wordt aangeduid. Deze is eerst op 6 september 1993 overgeplaatst. Op grond van deze omstandigheden lijkt het de rechtbank niet waarschijnlijk dat uitsluitend de hartklachten van de ambtenaar de oorzaak zijn geweest van het voortduren van zijn arbeidsongeschiktheid. Verder is de rechtbank van oordeel dat de aanwezigheid van de collega door wie de werknemer stelselmatig discriminatoir is bejegend een bijzondere omstandigheid vormt als bedoeld in de wettekst. Hieraan kan niet afdoen dat die collega ook tegenover anderen onheus placht op te treden en dat een en ander kennelijk niet tot een relevant extra ziekteverzuim heeft geleid. Ter zitting is door de ambtenaar aangegeven dat hij temidden van zijn collega's de enige met een donkere huid was, zodat zijn situatie in zoverre van de anderen moet worden onderscheiden. Van de ambtenaar kon tijdens genoemd reïntegratieproces in redelijkheid niet worden gevergd dat hij zijn werk zou hervatten, zolang de werkgever naliet met betrekking tot bedoelde collega passende maatregelen te treffen.

De rechtbank stelt aldus vast dat de discriminatie – die ook zou kunnen worden aangemerkt als intimidatie, nu door het gedrag van de collega een vijandige en vernederende werkomgeving is ontstaan – moet worden aangemerkt als een abnormale en/of excessieve omstandigheid. De werkgever had het verzoek om

79 Rb. Arnhem 11 oktober 1996, TAR 1997, 6.

volledige loondoorbetaling daarom niet zomaar mogen afwijzen. Verder geeft de rechtbank aan dat de werkgever te traag is geweest met het nemen van maatregelen tegen de discriminerende collega. De werkgever is lange tijd nalatig geweest met het treffen van maatregelen, zodat de zieke ambtenaar zijn werk niet kon hervatten. In die zin is niet alleen sprake van een causale relatie tussen ziekte en werk, maar ook van tekortschieten in zijn verplichtingen door de werkgever.

Conclusie

De hier besproken rechtspraak overziend kan gezegd worden dat als concrete verplichtingen van de werkgever ter voorkoming en bestrijding van intimidatie wegens sekse en/of ras worden aangemerkt:

- het voeren van een beleid tegen intimidatie;
- het zorgen voor een behoorlijke klachtenregeling;
- het aanwijzen van een vertrouwenspersoon;
- het geven van voorlichting over intimidatie;
- het besteden van aandacht in de RI&E aan het risico op intimidatie en het treffen van maatregelen ter voorkoming van verwezenlijking van dit risico;
- het reageren op klachten van een werknemer;
- het zorgvuldig omgaan met de belangen van de klagende werknemer;
- het nemen van maatregelen tegen de pleger(s) van intimidatie;
- het voorkomen van victimisatie.

In de literatuur over seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras worden vergelijkbare verplichtingen genoemd.⁸⁰ In aanvulling op het hier genoemde rijtje worden in de literatuur nog genoemd: de verplichting van de werkgever om afgesproken regels te handhaven en het met de juiste kennis en vaardigheden toerusten van vertrouwenspersonen en anderen die het beleid moeten uitvoeren.⁸¹ In geen van de hier besproken uitspraken wordt als voorwaarde voor aansprakelijkheid gesteld dat voorzienbaar moest zijn dat door de seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras letsel zou ontstaan. Het feit dat intimidatie heeft plaatsgevonden, hetzij door de werkgever zelf hetzij door ondergeschikten in een situatie waarin de werkgever van de intimidatie op de hoogte was, was in deze zaken steeds voldoende voor aansprakelijkheid. Alleen in de uitspraak van de CRvB, waarin aan een medewerker van een penitentiaire inrichting die werd gediscrimineerd vanwege zijn huidskleur smartengeld werd toegekend, werd als

80 Zie bijvoorbeeld P.G.M. ten Broeke, "Seksuele intimidatie: een overzicht van recente rechtspraak", *ArbeidsRecht* 1996 nr. 6/7, p. 3-5; A.J.C.M. Geers, "Intimidatie op de werkplek" in *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, red. G. van Maanen, Den Haag 2003, p. 195; en met betrekking tot het ambtenarenrecht C.M.B. Delnooz, "Klachtenregeling seksuele intimidatie: einde verhaal?" *TAR* 1996, p. 51-61.

81 Zie Geers, 2003, p. 195.

HOOFDSTUK 14

vereiste gesteld dat sprake was van geestelijk letsel. Het ging daarbij echter niet om de vraag of de werkgever een zorgplicht had ter voorkoming van de intimidatie/discriminatie, maar om de vraag of aan de criteria van artikel 6:106 BW was voldaan. Concluderend kan dan ook gezegd worden dat naar Nederlands recht duidelijk de grondrechtelijke benadering wordt gevolgd, zoals besproken in § 14.3.1, en niet een benadering vanuit de optiek van letselschade.

14.4.3 *Zorgplicht werkgever naar Engels recht*

Naar Engels recht is een werkgever, behalve op grond van de antidiscriminatie-wetgeving, ook op grond van het ongeschreven recht (de *common law*), gehouden om (seksuele) intimidatie te voorkomen en te bestrijden, althans zo lijkt te volgen uit de uitspraak van het *House of Lords* in de zaak *Waters v Commissioner of Police of the Metropolis*.⁸² In deze zaak stelde een werknemster, een politievrouw, dat een collega haar had aangerand (buiten diensttijd). De vervolgens door haar ingediende klacht zou door haar werkgever niet zorgvuldig zijn behandeld. Bovendien zou de werkgever geen maatregelen hebben genomen om victimisatie te voorkomen. De werkgever zou hebben toegelaten dat collega's de werknemster lastig vielen en haar intimideerden en onderdrukten naar aanleiding van haar klacht. De collega's zouden ook onjuiste rapportages hebben opgesteld, getracht hebben om haar ertoe te dwingen ontslag te nemen, en haar niet hebben geholpen als ze dienst had, zelfs niet in noodsituaties. De werknemster noemt in totaal 89 voorvallen. Zij voert aan dat haar werkgever in strijd heeft gehandeld met zijn zorgplicht voor haar arbeidsomstandigheden en vordert schadevergoeding. De lagere rechters verklaren het beroep van de werknemster kennelijk ongegrond.⁸³

Het *House of Lords* is van oordeel dat de vordering van de werknemster wel inhoudelijk beoordeeld moet worden. Het *House of Lords* overweegt in dit verband dat een werkgever op grond van de *common law* verplicht is om een werknemster te vrijwaren van *physical or mental harm* die het gevolg kan zijn van intimidatie of victimisatie door collega's. Wel moet er sprake zijn van een ernstige vorm van pesten en/of victimisatie en kan een werkgever alleen dan aansprakelijk zijn als hij wist of behoorde te weten dat de intimidatie plaatsvond en hij vervolgens heeft nagelaten om maatregelen te nemen. In dit geval is echter aannemelijk dat *senior officers* van de intimidatie en victimisatie wisten, zodat er geen reden is om de vordering niet inhoudelijk te beoordelen. Lord Slynn of Hadley merkt op dat er aanzienlijke moeilijkheden kleven aan het introduceren van intimidatie als een afzonderlijke *tort*. Dergelijke moeilijkheden rechtvaardigen echter niet het direct van de hand wijzen van de vordering van de werknemster.⁸⁴

82 [2000] I.C.R. 1064 (House of Lords).

83 In het Engelse systeem: *allow the claim to be struck out*.

84 De werknemster had ook nog gesteld dat de politie kwalitatief aansprakelijk was voor de schade als gevolg van de aanranding. Door de lagere rechter is deze grondslag van de vordering echter van de hand gewezen op de grond dat de aanrandende agent niet in het kader van zijn dienstbetrekking had gehandeld. Tegen dat oordeel heeft de werknemster geen beroep ingesteld bij het *House of Lords*.

Uit deze uitspraak kan afgeleid worden dat een werkgever, op het moment dat hij weet of behoort te weten dat in zijn onderneming zodanige intimidatie plaatsvindt dat fysiek of geestelijk letsel van een werknemer hiervan het gevolg kan zijn, maatregelen moet nemen om dit letsel te voorkomen. Hier wordt dus het voorzienbaar zijn van letsel voorop gesteld. Omdat *physical or mental harm* voorzienbaar is, moet de werkgever in actie komen. Daaruit lijkt te volgen dat dit niet hoeft in het geval waarin slechts een lichte vorm van intimidatie plaatsvindt waarbij het niet voor de hand ligt dat ziekte zal ontstaan. Zeker is dit echter niet omdat, waar seksuele intimidatie plaatsvindt, veelal ook een reëel risico op ziekte bestaat, zodat een werkgever al snel gehouden zal zijn om maatregelen te nemen.⁸⁵

De inhoud van de zorgplicht van de werkgever met betrekking tot seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras is niet alleen nader vormgegeven in procedures over aansprakelijkheid, maar, tot op zekere hoogte, ook in ontslagzaken. Naar Engels recht kan een werknemer die intimidatie wegens sekse en/of ras heeft ondervonden op het werk ontslag nemen en vervolgens aanspraak maken op een vergoeding uit hoofde van *unfair dismissal*.⁸⁶ Een dergelijke vergoeding zal in beginsel worden toegekend als de werkgever de werknemer in strijd met zijn *duty of mutual trust and confidence* een reden heeft gegeven voor ontslagname. De invulling van de *duty of mutual trust and confidence* in dit soort ontslagzaken verschilt niet wezenlijk van de invulling van deze zelfde *duty* in aansprakelijkheidszaken.

Een voorbeeld van een uitspraak waarin een zorgplicht van de werkgever werd geformuleerd ten aanzien van seksuele intimidatie betreft een oudere zaak uit 1977 waarin een echtpaar een jonge werkneemster had aangenomen om op hun kinderen te passen. Vervolgens bracht de vrouw van het echtpaar de werkneemster ertoe om met haar een lesbische relatie aan te gaan. Nadat de ouders van de werkneemster van die relatie hoorden, verbrak de werkneemster deze, nam ontslag en maakte aanspraak op een vergoeding. De rechter wees het verzoek toe.

Het *Industrial Tribunal* is van oordeel dat een werkgever die een werknemer verleidt om met haar een seksuele relatie aan te gaan en die ongepaste invloed uitoefent om de werknemer daartoe te bewegen, in strijd handelt met de *implied duty of co-operation between employer and employee*. In het onderhavige geval is sprake van niet-nakoming van deze verplichting. De werkneemster was daarom gerechtigd om ontslag te nemen en kan aanspraak maken op een vergoeding. Het *Industrial Tribunal* verlaagt de ontslagvergoeding wel een percentage van 40% vanwege het aandeel van de werkneemster in de ontstane situatie.⁸⁷

85 Zie meer uitgebreid § 14.5.1.

86 In dat geval wordt gesproken van *constructive dismissal*. Zie verder § 7.6.2.

87 *Wood v Freelander Ltd.*, [1977] IRLR 458 (Industrial Tribunal).

HOOFDSTUK 14

De zorgplicht van de werkgever houdt hier dus in dat hij/zij geen ongepaste invloed uitoefent op een werknemster om met hem/haar een seksuele relatie aan te gaan.

In een andere uitspraak nam de werknemster ontslag nadat zij seksueel was geïntimideerd door de zoon van haar werkgever. Deze zou 'Hiya, big tits' tegen haar gezegd hebben. De rechter achtte aannemelijk dat de zoon dit inderdaad gezegd had en merkte op dat:

"For the bosses' son to make a sexual remark causing distress to a female employee nearly twice his age was a form of bullying and not acceptable in the workplace in any circumstances."⁸⁸

In een ontslagzaak waarin twee serveersters ontslag namen nadat zij op discriminerende wijze waren bejegend door een entertainer en diens gasten, oordeelde het *Employment Appeal Tribunal* dat de zorgplicht van de werkgever ten aanzien van het voorkomen van intimidatie wegens sekse en ras mede inhoudt dat hij maatregelen neemt om te voorkomen dat werknemers intimidatie door derden ondervinden, een en ander voor zover hij controle kan uitoefenen over deze derden.⁸⁹ Deze uitspraak is later door het *House of Lords* in een andere zaak genuanceerd in die zin dat de werkgever deze verplichting alleen heeft als de derden als *agents* van hem kunnen worden aangeduid.⁹⁰ Leerlingen die een lerares systematisch hadden gepest vanwege haar lesbische geaardheid werden in dit verband niet als *agents* aangemerkt, zodat de werkgever, een school, niet voor hun gedragingen aansprakelijk was. Kan wel gesproken worden van *agents*, dan is een werkgever verplicht om intimidatie van hun zijde tegen te gaan.

14.4.4 Zorgplicht werkgever naar Duits recht

In het Duitse recht is (vrijwel) geen rechtspraak te vinden waarin de inhoud van de zorgplicht van de werkgever ter voorkoming en bestrijding van seksuele intimidatie en/of intimidatie op grond van ras nader wordt geconcretiseerd. Voor zover er al rechtspraak is over seksuele intimidatie heeft deze vooral betrekking op maatregelen genomen tegen de pleger ervan. De laatste jaren wordt in het Duitse recht wel steeds vaker schadevergoeding wegens pesten gevraagd.⁹¹ Wellicht leidt dit ertoe dat ook seksuele intimidatie meer aandacht krijgt. Voor intimi-

88 *Insitu Cleaning Co Ltd. and another v Heads*, [1994] IRLR 4 (Employment Appeal Tribunal).

89 *Burton and Rhule v De Vere Hotels*, [1996] IRLR 596 (Employment Appeal Tribunal).

90 *MacDonald v Advocate General for Scotland and Pearce v Governing Body of Mayfield School*, [2003] UKHL 34, [2003] IRLR 512.

91 Zie § 14.3.7.

datie op grond van ras geldt hetzelfde als voor seksuele intimidatie. Ook daarover is, voor zover mij bekend, tot op heden geen rechtspraak verschenen. Ook hier kan wellicht de aandacht voor *mobbing* inspirerend werken evenals het feit dat de verplichting uit hoofde van de EG-rassenrichtlijn om intimidatie wegens ras te bestrijden ook in het Duitse recht geïmplementeerd zal moeten worden.

In de literatuur wordt wel nader ingegaan op de verplichtingen die een werkgever heeft ter voorkoming en bestrijding van seksuele intimidatie. Intimidatie op grond van ras is een nog (vrijwel) onontgonnen gebied. Als concrete verplichtingen ten aanzien van seksuele intimidatie worden genoemd: kenbaar maken dat seksuele intimidatie niet wordt geaccepteerd in de onderneming, overplaatsen of ontslaan van de pleger van seksuele intimidatie, bij de selectie van leidinggevendena nagaan of zij zullen zorgen voor een werkomgeving die vrij is van intimidatie, scholingen organiseren, een overeenkomst over intimidatie afsluiten met de ondernemingsraad en deze bekend maken, ervoor zorgen dat op een veilige plek geparkeerd kan worden, bij het vaststellen van de arbeidstijden rekening houden met de mogelijkheid van intimidatie, en geïntimideerde werkneemsters uitgebreid informeren over hun rechten. Ook wordt nog opgemerkt dat de werkgever seksistische plaatjes moet laten verwijderen, dat hij klachten van vrouwen serieus moet nemen en moet waken voor victimisatie.⁹²

(Seksuele) intimidatie wordt in de literatuur algemeen gezien als een inbreuk op het algemeen persoonlijkheidsrecht van een werknemer en daarmee als een inbreuk op een recht dat de Grondwet aan werknemers toekent en daarnaast ook als een schending van de contractuele verplichtingen van de werkgever uit hoofde van de arbeidsovereenkomst.⁹³ Dat impliceert dat een werknemer tegen (seksuele) intimidatie als zodanig beschermd moet worden. Een werkgever is daarom gehouden om (seksuele) intimidatie als zodanig tegen te gaan, ook indien niet voorzienbaar is dat daardoor gezondheidsschade zal ontstaan.

14.4.5 *Zorgplicht werkgever naar Amerikaans recht*

Buiten het terrein van het antidiscriminatierecht kan in het Amerikaanse recht alleen aanspraak worden gemaakt op een vergoeding voor geestelijk letsel als gevolg van intimidatie wegens sekse en/of ras middels een beroep op de *workers'*

92 Vgl. Holzbecher, Braszeit, Müller, Plogstedt, *Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz*, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Schriftenreihe Band 141, München 1991; G. Linde, "Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz", *Betriebs-Berater* 1999, p. 2412-2417; M. Worzalla, "Das Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis", *NZA* 1994, p. 1016-1022.

93 T. Dieterich, P. Hanau, G. Schaub, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, München 2001, p. 1435; Holzbecher, Braszeit, Müller, Plogstedt, 1993, p. 338 en 340-341; Linde, *Betriebs-Berater* 1994, p. 2413-2414; Worzalla, *NZA* 1994, p. 1017.

HOOFDSTUK 14

compensation wetgeving⁹⁴ of op de *tort of the intentional infliction of emotional distress* (IIED).⁹⁵ Voor foutaansprakelijkheid van de werkgever op deze tweede grond, IIED, is vereist dat de werkgever *extreme and outrageous conduct* kan worden verweten en dat sprake is van *severe emotional distress* aan de zijde van de werknemer. Dat dit het geval is, wordt niet snel aangenomen. Wel wordt sneller aangenomen dat sprake is van *extreme and outrageous conduct* in gevallen waarin tevens sprake is van een vorm van intimidatie/discriminatie die door de *Civil Rights Act* wordt verboden, waaronder intimidatie wegens sekse en ras, dan in gevallen waarin sprake is van niet door de *Civil Rights Act* verboden vormen van intimidatie/pesten, zoals *workplace bullying* in het algemeen.⁹⁶ Ook bij seksuele intimidatie en/of intimidatie op grond van ras wordt echter niet steeds tot aansprakelijkheid geconcludeerd.

Een voorbeeld van een uitspraak waarin een werkgever aansprakelijk werd gehouden voor seksuele intimidatie van een werknemster is de zaak *Godfrey v. Perkin-Elmer Corp.*⁹⁷ Het ging in die zaak om een werknemster die seksueel werd geïntimideerd door haar leidinggevende. Deze uitte regelmatig seksueel en suggestief commentaar over haar, vernederde en beledigde haar waar haar collega's bij waren en ging herhaaldelijk op suggestieve wijze dichtbij haar staan. De werkgever was op de hoogte van dit gedrag van de leidinggevende, maar greep niet in. De rechter achtte daarom niet alleen de leidinggevende, maar ook de werkgever aansprakelijk voor de schade van de werknemster. In een andere, enigszins met de zaak *Godfrey* vergelijkbare zaak, nam de rechter echter geen aansprakelijkheid aan. In die zaak ging het om een leidinggevende die seksuele voorstellen aan een werknemster deed, smerig taalgebruik tegen haar bezigde, grappen maakte over haar huidskleur, haar betastte en suggestieve plaatjes liet ophangen in haar werkomgeving. De rechter was van oordeel dat het gedrag van de leidinggevende niet als *extreme and outrageous conduct* kon worden aangemerkt.⁹⁸

Gelet op deze wisselende en bovendien nog schaarse rechtspraak is het lastig om hieruit meer algemene conclusies te trekken met betrekking tot de zorgplicht van de werkgever ten aanzien van intimidatie op grond van sekse en/of ras naar Amerikaans recht. Wel kan gezegd worden dat geen sprake is van een grondrech-

94 Zie § 14.7.4.

95 Niet in alle staten is dit mogelijk. In sommige staten is de heersende opinie dat alle werkgerelateerd letsel onder de collectieve ongevallenverzekering valt en dat er geen ruimte is voor aansprakelijkheid buiten die verzekering om. In de meerderheid van de staten is aansprakelijkstelling van een werkgever wegens opzettelijk toegebracht geestelijk letsel wel mogelijk. Zie hierover D.C. Yamada, "The Phenomenon of 'Workplace Bullying' and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection", 88 *Georgetown Law Journal* 475, 2000. Zie verder over IIED: § 9.4.

96 Zie Yamada, 88 *Georgetown Law Journal* 475, 2000.

97 794 F. Supp. 1179 (D.N.H. 1992).

98 *Hoy v. Angelone*, 691 A.2d 476 (Pennsylvania Superior Court, 1997).

telijke benadering, omdat de enkele normschending nog geen recht geeft op schadevergoeding. Er dient tevens sprake te zijn van *severe emotional distress*. Bovendien is het voor aansprakelijkheid onvoldoende als een 'gewone' normschending heeft plaatsgevonden, maar dient sprake te zijn van *extreme and outrageous conduct* aan de zijde van de werkgever.

14.5 Zorgplicht ter voorkoming en bestrijding van (psychisch letsel door) seksuele intimidatie en intimidatie wegens ras: evaluatie en eigen opvatting

14.5.1 Grondrechtelijke benadering en benadering vanuit letselschade

Uit het voorgaande blijkt dat in het Nederlandse en het Duitse recht, waar het gaat om de aansprakelijkheid van de werkgever wegens schending van zijn civielrechtelijke zorgplicht ter voorkoming en bestrijding van seksuele intimidatie – en dus niet om schending van de gelijke behandelingswetgeving – een meer grondrechtelijke benadering wordt gevolgd, terwijl in het Engelse civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht (dus wederom: niet het gelijke behandelingsrecht, maar de *common law*) een benadering vanuit de optiek van letselschade voorop staat. Concreet betekent dit dat naar Nederlands en Duits recht een werkgever ook aansprakelijk kan zijn voor seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras, indien daardoor geen (psychische) ziekte is ontstaan, en dat het voorzienbaar zijn van een dergelijke ziekte dus geen voorwaarde is voor aansprakelijkheid. Naar Engels recht is, blijkens de uitspraak in *Waters v Commissioner of Police of the Metropolis*,⁹⁹ voor aansprakelijkheid vereist dat *physical or mental harm* voorzienbaar was. Was dit niet het geval, dan zal er naar Engels recht mogelijk geen ruimte zijn voor werkgeversaansprakelijkheid, althans niet op grond van de *common law*.¹⁰⁰

Naar mijn mening verdient de meer grondrechtelijke benadering de voorkeur boven de letselschadebenadering. Reden daarvoor is dat, naar ik meen, seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras beschouwd moeten worden als gedragingen die als zodanig onwenselijk zijn, los van de eventuele gevolgen ervan voor de gezondheid van de betrokken werknemer. Zowel seksuele intimidatie als intimidatie op grond van ras vormen een aantasting van de menselijke waardigheid van werknemers en dienen als zodanig bestreden te worden. Een dergelijk uitgangspunt sluit ook goed aan bij de gelijke behandelingswetgeving waarin het uitgangspunt eveneens is dat intimidatie wegens sekse en/of ras als

99 [2000] I.C.R. 1064 (House of Lords).

100 In het Amerikaanse recht wordt, zoals gezegd, een heel specifieke benadering gevolgd, vanwege de eisen die daar gelden voor een beroep op de *tort of IIED*. Deze benadering is noch aan te merken als een grondrechtelijke, noch als één vanuit letselschade. Zie verder § 14.4.5.

HOOFDSTUK 14

zodanig bestreden moet worden, als zijnde een vorm van discriminatie, ongeacht wat de gevolgen ervan zijn in een concreet geval. Zou voor aansprakelijkheid voor intimidatie op grond van sekse en/of ras vereist zijn dat voorzienbaar is dat daardoor letsel ontstaat, dan zou een werkgever alleen in die gevallen maatregelen behoeven te nemen tegen intimidatie. Daardoor zou in ernstige mate afbreuk worden gedaan aan de bescherming die werknemers thans tegen intimidatie (en discriminatie) genieten.

Overigens moet het onderscheid tussen een meer grondrechtelijke benadering en een benadering vanuit letselschade niet te zwaar worden aangezet. Kenmerkend voor seksuele intimidatie en intimidatie wegens ras is namelijk dat deze gedragingen in veel gevallen nadelige gevolgen hebben voor de gezondheid van de getroffen werknemer.¹⁰¹ In die zin strekt een verplichting ter voorkoming van intimidatie in het merendeel van de gevallen ook ter voorkoming van letsel als gevolg daarvan en kan gezegd worden dat, waar een risico op intimidatie wegens sekse en/of ras bestaat of dergelijke intimidatie daadwerkelijk plaatsvindt, tevens enige vorm van ziekte voorzienbaar is. Dit is slechts anders in gevallen waarin de (dreigende) intimidatie van zodanig lichte aard is dat het ontstaan van ziekte niet in de rede ligt.

14.5.2 *Invulling van de zorgplicht van de werkgever in het concrete geval*

Behalve tussen een grondrechtelijke benadering en een benadering gebaseerd op letselschade moet bij de invulling van de zorgplicht van de werkgever ten aanzien van seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras ook onderscheid gemaakt worden tussen de verplichting van de werkgever om zichzelf van intimidatie te onthouden en zijn verplichting om intimidatie door ondergeschikten tegen te gaan. In het eerste geval gaat om het om aansprakelijkheid voor eigen opzettelijk handelen en in het tweede geval om aansprakelijkheid voor het nalaten om voldoende maatregelen te nemen om gedragingen van anderen te voorkomen. Maakt een werkgever zichzelf schuldig aan intimidatie, dan zal hij hiervoor in een meer grondrechtelijke benadering steeds aansprakelijk zijn. Een dergelijke handelwijze wordt daarin immers zonder meer als onrechtmatig aangemerkt.¹⁰² In een benadering gebaseerd op letselschade zal het voorzienbaar moeten zijn geweest dat ziekte zou ontstaan. Zeker in de meer serieuze gevallen zal aan dat vereiste echter zonder al teveel moeilijkheden voldaan kunnen worden. Wordt de werkgever aansprakelijk gesteld omdat hij te weinig maatregelen heeft genomen ter voorkoming en bestrijding van seksuele intimidatie of intimidatie

101 Zie ook M.S.A. Vegter, "Aansprakelijkheid werkgever voor psychische schade werknemer als gevolg van seksuele intimidatie van de werknemer", *AV&S* 2002, p. 136.

102 Zie voor een voorbeeld de uitspraak van de kantonrechter Harderwijk 25 april 2001, *JAR* 2001, 118. Zie § 14.3.2.

op grond van ras door anderen dan hemzelf, dan zal vast moeten staan dat hij wist of behoorde te weten dat zich intimidatie voordeed binnen zijn onderneming of dat daarop een reëel risico bestond. In de in § 14.4 besproken uitspraken was dit kenbaarheidsvereiste in geen enkel geval een punt van discussie omdat de geïntimideerde werknemer daarin steeds een klacht had ingediend over de intimidatie of op een andere manier kenbaar had gemaakt dat hij/zij problemen ondervond. De werkgever was er daarom steeds van op de hoogte dat er sprake was van intimidatie op de werkvloer. Is dit niet het geval, dan zal er in beginsel geen ruimte zijn voor aansprakelijkheid.

Indien aan het kenbaarheidsvereiste is voldaan, is de volgende vraag welke maatregelen van de werkgever verwacht mogen worden om de intimidatie tegen te gaan dan wel de gevolgen van de intimidatie die reeds heeft plaatsgevonden, te verzachten. In de rechtspraak besproken in § 14.4 worden in dit opzicht verschillende maatregelen genoemd, waaronder de volgende:

- het kenbaar maken dat seksuele intimidatie en intimidatie wegens ras niet wordt getolereerd in de onderneming;
- het aanstellen van een vertrouwenspersoon;
- het zorgen voor een goede klachtenregeling en een correcte uitvoering daarvan;
- het geven van trainingen aan leidinggevenden over intimidatie en discriminatie;
- het serieus behandelen van een klacht van een werknemer;
- het tijdig ingrijpen nadat geklaagd is;
- het nemen van passende maatregelen tegen de pleger van de seksuele intimidatie of intimidatie wegens ras;
- het niet langer tewerkstellen van werknemers in een discriminerende omgeving als de omgeving zelf niet kan worden veranderd;
- het naderhand aanbieden van excuses indien een klacht niet serieus is behandeld, daders niet zijn aangepakt, etc;
- het voorkomen van victimisatie.

Bij deze maatregelen kan onderscheid gemaakt worden tussen preventieve maatregelen en maatregelen die moeten worden genomen op het moment dat duidelijk is of behoort te zijn dat werknemers het slachtoffer worden van seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras. Tot de tweede categorie behoren in elk geval maatregelen als het serieus behandelen van klachten, het correct uitvoeren van een klachtenregeling, het treffen van maatregelen tegen de pleger van intimidatie en het voorkomen van victimisatie. Laat een werkgever na om deze maatregelen te nemen terwijl er een klacht is ingediend over seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras, of anderszins kenbaar is gemaakt dat intimidatie plaatsvindt, dan zal hij in de regel zonder meer aansprakelijk zijn voor de schade die de werknemer door de intimidatie lijdt.

Lastiger ligt dit met betrekking tot de preventief door de werkgever te nemen maatregelen, zoals het voeren van een beleid tegen intimidatie, het geven van

HOOFDSTUK 14

voorlichting, het aanstellen van een vertrouwenspersoon etc. In de (Nederlandse) rechtspraak wordt in sommige uitspraken zonder veel omhaal aangenomen dat, indien vaststaat dat een werkgever geen of te weinig preventieve maatregelen heeft genomen ter voorkoming van intimidatie wegens sekse of ras, en ook vaststaat dat zich intimidatie heeft voorgedaan, de werkgever daarvoor aansprakelijk is.¹⁰³ De redenering is dan kennelijk dat de werknemer, als hij bewijst dat hij het slachtoffer is geworden van intimidatie, heeft aangetoond dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden, dat het vervolgens aan de werkgever is om te bewijzen dat hij zijn zorgplicht heeft nageleefd en dat, als de werkgever niet kan aantonen dat hij zijn preventieve verplichtingen is nagekomen, hij aansprakelijk is voor de schade van de werknemer. Het is echter twijfelachtig of dit voldoende is voor aansprakelijkheid. De zorgplicht waarin de werkgever moet zijn tekort geschoten, wil er grond kunnen zijn voor aansprakelijkheid, moet wel een zorgplicht zijn die strekte ter voorkoming van het letsel dat is geleden. Staat de door de werkgever geschonden zorgplicht niet in verband met de geleden schade, dan kan hij hiervoor niet aansprakelijk worden gesteld. De Hoge Raad heeft in dit opzicht in onder meer zijn arrest van 16 mei 2003 in de zaak *Dusarduyn/Du Puy*¹⁰⁴ geoordeeld dat het feit dat een werkgever een algemene verplichting, strekkende tot het opstellen en uitvoeren van een RI&E, niet heeft nageleefd, niet betekent dat hij in een concreet geval automatisch aansprakelijk is voor schade van een werknemer. Het hangt van de omstandigheden van het geval af, aldus de Hoge Raad in dit arrest, of de zorgplicht van de werkgever mede inhoudt dat hij, indien hij een werknemer naar een karwei wil sturen om daar bepaalde werkzaamheden te verrichten, vooraf een inventarisatie van de aan die werkzaamheden verbonden veiligheidsrisico's moet maken. In de zaak *Dusarduyn/Du Puy* hoefde dit volgens de Hoge Raad niet, gelet op de aard van het werk, de ervaring van *Dusarduyn* en zijn uit een veiligheidsdiploma blijkende kennis.

Langs deze lijnen redenerend dient de vraag of het niet of in onvoldoende mate voeren van een preventief beleid tegen seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras in een concreet geval zonder meer meebrengt dat de werkgever aansprakelijk is voor door een werknemer ondervonden intimidatie, ontkennend te worden beantwoord. Voordat aansprakelijkheid kan worden aangenomen, zal in elk geval duidelijk moeten zijn dat de geschonden algemene verplichting (mede) ertoe strekte om de schade zoals die in een concreet geval is geleden, te

103 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 30 september 1999, *JAR* 1999, 230 en, in zekere zin, Pres. Rb. Amsterdam 22 februari 2001, *RN* 2001, 1319. In die tweede uitspraak werd, naast meer algemene verplichtingen, ook wel één concrete verplichting genoemd, namelijk het onvoldoende aandacht hebben voor de belangen van de werknemers.

104 HR 16 mei 2003, *JAR* 2003, 147. Zie ook HR 9 juli 2004, *JAR* 2004, 190 (*Oost/Brands Bouwgroep*).

voorkomen. Is dat niet het geval, dan staat onvoldoende vast dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn zorgplicht ter voorkoming van de (specifieke) schade van de werknemer en is er dus geen ruimte voor aansprakelijkheid.¹⁰⁵ Anders gezegd: aansprakelijkheid van de werkgever voor seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras die een werknemer op het werk heeft ondervonden, kan niet zonder meer worden aangenomen 'alleen' op basis van tekortschieten van een werkgever in algemene, preventieve verplichtingen. Er dient tevens sprake te zijn van schending van een concrete, op het voorkomen of doen stopzetten van die bepaalde intimidatie gerichte verplichting.¹⁰⁶

14.5.3 Toepassing van artikel 7:658 BW

Met betrekking tot de grondslag voor aansprakelijkheid doen zich ten aanzien van (seksuele) intimidatie geen noemenswaardige problemen voor. In alle vier de in § 14.4.2 besproken uitspraken waarin door de civiele rechter aansprakelijkheid is aangenomen voor de gevolgen van seksuele intimidatie van een werknemster was de grondslag hiervoor artikel 7:658 BW. Het is dus niet omstreden dat dit artikel de basis kan vormen voor werkgeversaansprakelijkheid voor seksuele intimidatie. Aangenomen mag worden dat, gelet op de overeenkomsten tussen seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras, dit ook geldt voor de aansprakelijkheid voor intimidatie op grond van ras. De redenen waarom de toepassing van artikel 7:658 BW in geval van seksuele intimidatie niet omstreden is, zijn, naar ik meen, tweërlei. In de eerste plaats kent de Arbowet een geschreven ver-

105 Deze materie kan ook in de sleutel van de causaliteit worden gezet. In dat geval moet worden gezien of er ruimte is voor een omkering van de bewijslast van het causaal verband. De redenering is dan dat vaststaat dat een werknemer geïntimideerd is op het werk en dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn algemene, preventieve verplichtingen ter voorkoming van intimidatie, zodat het aan de werkgever is om te bewijzen dat, ook als hij zijn verplichting wel had nageleefd, de intimidatie zich ook zou hebben voorgedaan. Het staat echter niet zonder meer vast dat is voldaan aan de toepassingsvereisten voor een omkering van de bewijslast van het causaal verband, noch ten aanzien van de specifieke strekking van de norm noch ten aanzien van het feitelijk aannemelijk zijn van het bestaan van causaal verband tussen tekortschieten en intimidatie. Ook in dat geval moet de conclusie mijns inziens, als er niet ook een meer concrete verplichting door de werkgever is geschonden, zijn dat er geen ruimte is voor aansprakelijkheid. Zie verder over causaliteit en omkering van de bewijslast: § 3.6.3 en § 3.6.4.

106 Eén en ander betekent dat de naleving van algemene preventieve voorschriften met betrekking tot seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras niet volledig kan worden afgedwongen via het aansprakelijkheidsrecht. Voor het overige zal de controle op naleving door publiekrechtelijke instanties, zoals in het bijzonder de Arbeidsinspectie, moeten plaatsvinden.

HOOFDSTUK 14

plichting ten aanzien van seksuele intimidatie, zodat sprake is van een duidelijke norm. Deze is bovendien nader uitgewerkt in de rechtspraak.¹⁰⁷ In de tweede plaats is in de laatste decennia de nodige kennis verzameld over de gevolgen van seksuele intimidatie, zodat er a priori van uit wordt gegaan dat de gevolgen hiervan voor het slachtoffer ernstig zijn. Ook dat rechtvaardigt een snelle toepassing van artikel 7:658 BW.¹⁰⁸

14.6 Kwalitatieve aansprakelijkheid voor (psychisch letsel als gevolg van) seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras

14.6.1 Plan van behandeling

Bij seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras is de mogelijkheid van kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever, dat wil zeggen aansprakelijkheid van de werkgever voor gedragingen van zijn ondergeschikten, relatief belangrijk. Reden daarvoor is dat intimidatie veelal wordt gepleegd door collega's of (direct) leidinggevendenden. Het is daarom van belang om na te gaan hoever de aansprakelijkheid van de werkgever voor gedragingen van zijn ondergeschikten strekt. In deze § 14.6 zal hierop nader worden ingegaan aan de hand van een bespreking van het Nederlandse, Engelse, Duitse en Amerikaanse recht.

14.6.2 Kwalitatieve aansprakelijkheid voor intimidatie wegens sekse en/of ras naar Nederlands recht

Naar Nederlands recht kan een werkgever voor onrechtmatige gedragingen van zijn ondergeschikten aansprakelijk worden gehouden op grond van artikel 6:170 BW, ook indien hem geen eigen tekortschieten verweten kan worden. Er is dus sprake van een vorm van risicoaansprakelijkheid. Voor aansprakelijkheid van de werkgever op grond van artikel 6:170 BW is vereist dat de kans op de onrechtmatige gedraging van de ondergeschikte is vergroot door de opdracht tot het verrichten van bepaalde taken en dat de werkgever zeggenschap heeft gehad over de handelwijze die tot de intimidatie heeft geleid.¹⁰⁹ Dit vereiste levert moeilijkheden op waar het gaat om de aansprakelijkheid van de werkgever voor seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras. Bij deze vormen van intimidatie doet zich namelijk de vraag voor of de kans hierop wel is vergroot door het werk, of dat gezegd moet worden dat het hierbij gaat om gedragingen van de intimiderende werknemer die losstaan van het werk.¹¹⁰

107 Zie § 14.4.2.

108 Zie ook Vegter, *AV&S* 2002, p. 136.

109 Zie verder § 3.10.

110 Zie ook § 3.10.2.

Deze vraag is ook in de rechtspraak aan de orde gekomen, zij het nog niet vaak. In de in § 14.4.2 besproken uitspraak van de rechtbank Breda,¹¹¹ waarin een adjunct-directeur haar werkgever, een school, aansprakelijk had gesteld voor de gevolgen van seksuele intimidatie gepleegd door de directeur, had zij zich zowel beroepen op schending door de werkgever van zijn zorgplicht voor veilige en gezonde arbeidsomstandigheden als op kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor de handelwijze van de directeur. Beide beroepen werden door de rechtbank van de hand gewezen. Met betrekking tot het beroep op artikel 6:170 BW oordeelde de rechtbank als volgt:

“De vordering van X. (de werknemster, mv), gebaseerd op de stelling dat Het Barlake op grond van art. 6:170 BW aansprakelijk is voor het onrechtmatig handelen van Y. (de directeur, mv) strandt reeds op de grond dat niet gebleken is van schade die Y. dient te vergoeden. Overigens is de rechtbank van oordeel dat X. zich niet met succes op dit artikel kan beroepen om aansprakelijkheid van Het Barlake te vestigen, omdat het vereiste verband tussen de seksuele intimidatie door Y. en de aan hem opgedragen taak als directeur ontbreekt. Voorwaarde voor aansprakelijkheid is dat de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van de taak is vergroot en degene in wiens dienst hij stond, uit hoofde van hun rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedraging waarin de fout was gelegen. Het zich schuldig maken aan seksuele intimidatie staat echter geheel los van de taakvervulling van Y. Dit geldt te meer nu de contacten, met name de correspondentie, zich voor een groot deel buiten de schoolse werkzaamheden afspeelden.”

In een andere uitspraak, van de rechtbank Arnhem, werd wel functioneel verband aangenomen tussen de werkzaamheden van een psychiater en het door hem gepleegde misbruik van een cliënte.¹¹² De rechtbank oordeelde dat, nu het onrechtmatig handelen van de psychiater geschiedde in de uitoefening van zijn werkzaamheden als psychiater, in welke functie de werkgever hem had aangesteld, het functioneel verband en daarmee de aansprakelijkheid van de werkgever ex artikel 1403 lid 3 (oud) BW¹¹³ reeds was gegeven. De zaak verschilt van die van de directeur van de school omdat het onrechtmatig handelen in die zaak voor een groot deel buiten werktijd plaatsvond. Ook van de psychiater had echter gezegd kunnen worden dat het zich schuldig maken aan seksueel misbruik van een cliënte buiten zijn taakvervulling viel.

In de literatuur wordt in de regel aangenomen dat aansprakelijkheid van de werkgever op grond van artikel 6:170 BW voor (seksuele) intimidatie door een

111 Rb. Breda 5 maart 2002, *JAR* 2002, 223.

112 Rb. Arnhem 7 december 2000, nr. 00-452, n.g. De cliënte was overigens geen collega van de werkgever, zodat deze casus enigszins buiten het bestek van dit boek valt. Ter illustratie van de invulling van het begrip ‘functioneel verband’ is de uitspraak echter wel illustratief, reden om hem toch te noemen.

113 De voorloper van het huidige art. 6:170 BW.

HOOFDSTUK 14

ondergeschikte mogelijk is,¹¹⁴ zij het dat daarbij wel wordt aangetekend dat een vordering tot verkrijging van schadevergoeding op die grond niet gemakkelijk zal zijn in verband met de specifieke eisen (ten aanzien van het functioneel verband) die artikel 6:170 BW stelt.¹¹⁵

14.6.3 *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor intimidatie wegens sekse en/of ras naar Engels recht*

Naar Engels recht kan een werkgever op grond van de *Sex Discrimination Act* (SDA) en de *Race Relations Act* (RRA) kwalitatief aansprakelijk worden gehouden voor intimidatie op grond van sekse en/of ras gepleegd door één van zijn werknemers bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Deze aansprakelijkheid vervalt indien de werkgever zodanige stappen heeft genomen als redelijkerwijs van hem verlangd mocht worden teneinde de intimiderende werknemer van zijn gedrag te weerhouden.¹¹⁶ Er is dus sprake van een mengvorm van risicoaansprakelijkheid en foutaansprakelijkheid. Enerzijds is de fout van de werknemer bepalend voor de aansprakelijkheid van de werkgever, hetgeen duidt op risicoaansprakelijkheid, maar anderzijds kan de werkgever aansprakelijkheid afweren door eigen maatregelen, hetgeen wijst op foutaansprakelijkheid. Naast kwalitatieve aansprakelijkheid op grond van de SDA en de RRA is ook kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever mogelijk op grond van het ongeschreven civiele recht (*common law*). In dat geval dient vast te staan dat de werknemer, die schade heeft veroorzaakt, onrechtmatig handelde en dit deed *in the course of his employment*. Het gaat daarbij om een zuivere vorm van risicoaansprakelijkheid en niet om foutaansprakelijkheid van de werkgever.

Aansprakelijkheid op grond van de RRA werd door het *Court of Appeal* aangenomen in de zaak *Jones v Tower Boot Co Ltd*.¹¹⁷ In deze zaak was sprake van intimidatie vanwege ras en ook van mishandeling van een werknemer van gemengde afkomst (blanke moeder, zwarte vader). De werknemer werkte gedurende één maand voor de werkgever als machine-operator. Gedurende die maand maakte hij mee dat een collega een brandwond op zijn arm maakte met een hete schroevendraaier, werden er metalen grendels naar zijn hoofd gegooid, werd op zijn benen geslagen met de rand van een schoen, plakte er iemand een briefje op zijn rug met de tekst '*Chipmonks are go*' en werd hij herhaaldelijk uitgescholden in bewoordingen als '*Chimp*', '*monkey*' en '*baboon*'. Het *Industrial Tribunal* oordeelde dat sprake was van *racial harassment* en van onrechtmatige discriminatie en stelde vast dat de werkgever hiervoor op grond van de RRA kwalitatief aansprakelijk was. Het *Tribunal* kende daarom aan de werknemer een schadevergoeding toe

114 Zie bijvoorbeeld S.D. Lindenbergh, "Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade", *AV&S* 2003, p. 17.

115 Vgl. Holtmaat, 1999, p. 70.

116 SDA 1975, art. 41; RRA 1976, art. 32. Zie ook § 7.5.

117 [1996] IRLR 168 (Court of Appeal).

van £ 5.000,-. In hoger beroep draaide het *Employment Appeal Tribunal* deze beslissing terug op de grond dat de intimidatie niet geacht kon worden te hebben plaatsgevonden *in the course of employment*. De werknemer stelde tegen dit oordeel beroep in bij het *Court of Appeal*.

Het *Court of Appeal* overweegt dat het begrip '*in the course of employment*' in zaken van intimidatie wegens sekse en/of ras niet op dezelfde wijze dient te worden uitgelegd als in de *common law*, dit vanwege de doelstelling van de antidiscriminatie- en intimidatiewetgeving. De doelstelling hiervan is om intimidatie (en discriminatie) naar geslacht en/of ras tegen te gaan door de verantwoordelijkheid voor het voorkomen van deze handelingen niet alleen bij de intimiderende/discriminerende collega's te leggen, maar ook de werkgever hiervoor kwalitatief aansprakelijk te houden tenzij hij die maatregelen heeft genomen die redelijkerwijs van hem gevergd mochten worden om intimidatie te voorkomen. Daardoor worden die werkgevers die nog niet voldoende maatregelen hebben genomen tegen intimidatie geprikkeld om dat alsnog te doen. Een beperkte opvatting van het begrip '*in the course of employment*' zou afbreuk doen aan deze doelstelling. In een dergelijke opvatting zou de werkgever alleen kwalitatief aansprakelijk kunnen worden gehouden voor minder ernstige vormen van intimidatie/discriminatie en niet voor de zeer ernstige vormen. Dat zou betekenen dat intimidatie/discriminatie minder effectief bestreden zou kunnen worden. Het *Court of Appeal* vernietigt daarom de beslissing van het *Employment Appeal Tribunal* en bevestigt die van het *Industrial Tribunal*.

De conclusie is dus dat in zaken betreffende intimidatie en discriminatie op grond van geslacht en/of ras sneller moet worden aangenomen dat er functioneel verband bestaat tussen de handelwijze van een werknemer en de door hem veroorzaakte schade dan in gevallen waarin geen sprake is van discriminatie/intimidatie. Reden hiervoor is, aldus het *Court of Appeal*, dat de Engelse wetgever in het eerste geval uitdrukkelijk de bedoeling heeft gehad om de werkgever te stimuleren om maatregelen te nemen tegen intimidatie/discriminatie. Daarbij past dat de kwalitatieve aansprakelijkheid zich ook uitstrekt tot ernstiger gedragingen van werknemers, maar dat deze vervalt als de werkgever voldoende maatregelen heeft genomen ter voorkoming van de intimidatie/discriminatie. De kwalitatieve aansprakelijkheid op grond van de RRA en SDA lijkt daarmee sterk op de foutaansprakelijkheid van de werkgever op grond van diezelfde wetten. Dit blijkt ook uit het feit dat in *Jones v Tower Boot Co Ltd.* de stimulans tot preventie die van aansprakelijkheid moet uitgaan, centraal staat. Een dergelijke stimulans is effectief bij foutaansprakelijkheid, maar niet bij risicoaansprakelijkheid voor fouten van ondergeschikten, waarbij tekortschieten van de werkgever er niet toe doet.¹¹⁸

118 Zie over de kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor seksuele intimidatie ook *Balgobin and Francis v London Borough of Tower Hamlets* [1987] IRLR 401 en *Canniffe v East Riding of Yorkshire Council* [2000] IRLR 555. Zie over de invulling van het verweer van de werkgever dat hij voldoende maatregelen heeft genomen tegen intimidatie: Pauline Roberts, "Employers' Liability for Sexual and Racial Harassment: Developing the Reasonably Practicable Steps Defence", *Industrial Law Journal*, vol. 30, 2001, p. 388-396.

HOOFDSTUK 14

De vraag wanneer een werkgever kwalitatief aansprakelijk is voor seksuele intimidatie door een werknemer uit hoofde van de *common law*, was aan de orde in de Schotse zaak *Ward v Scotrail Railways Ltd.*¹¹⁹ Die zaak betrof een conductrice bij een spoorwegmaatschappij die op een gegeven moment een brief ontving van een mannelijke collega, Kelly, met een seksueel getinte inhoud. De werkneemster liet Kelly daarop weten dat hij haar met rust moest laten. Enige tijd later ontving ze een notitie van Kelly waarop haar route van die dag was aangegeven, terwijl het niet zijn taak was om die route te plannen. Ook staarde Kelly naar haar, ruidde hij diensten om samen met haar te kunnen werken, liet hij haar weten dat hij wist wanneer zij waar werkte en stuurde hij haar een brief waarin hij schreef dat hij lang over zijn werk deed vanwege haar aanwezigheid. De werkneemster diende daarop een klacht in over seksuele intimidatie. De werkgever voerde een onderzoek uit, bood de werkneemster begeleiding aan en beloofde haar dat een *supervisor* aanwezig zou zijn aan het begin en het einde van haar dienst. Kelly werd overgeplaatst naar een ander station. Na enige tijd werd Kelly teruggeplaatst, waarbij de werkneemster werd toegezegd dat steeds een *supervisor* aanwezig zou zijn. In de praktijk gebeurde dat echter niet. De werkneemster werd vervolgens ziek. Uiteindelijk werd, nadat de werkneemster de vakbond had ingeschakeld, Kelly nogmaals overgeplaatst.

De werkneemster vorderde vervolgens vergoeding van de schade die zij stelde te hebben geleden doordat de seksuele intimidatie bij haar een angststoornis en depressie teweeg had gebracht. De rechter stelde vast dat intimidatie een onrechtmatige daad kan opleveren. Hij verwierp echter het beroep op kwalitatieve aansprakelijkheid. Naar het oordeel van de rechter kon niet gezegd worden dat het gedrag van Kelly deel uitmaakte van zijn werkzaamheden. De rechter overwoog in dit opzicht als volgt:

“Whether Mr Kelly’s conduct be regarded as deliberate persecution or as an innocent but upsetting campaign of courtship, on either view it was not committed in the course of his employer’s business so as to form a part of it. He must in my opinion be regarded as indulging in an unrelated and independent venture of his own: a personal matter, rather than a matter connected to his authorised duties.”¹²⁰

Het feit dat sprake was *seksuele* intimidatie speelt in deze zaak geen rol. Getoetst wordt aan de gebruikelijke vereisten voor *vicarious liability* en met name aan het criterium dat de onrechtmatig handelende werknemer dit gedaan moet hebben in

119 199 SC 255 (27 november 1998).

120 Naar het oordeel van de rechter kan er mogelijk wel sprake zijn van niet-nakoming door de werkgever van zijn zorgplicht jegens de werkneemster. De rechter laat de werkneemster daarom toe tot het leveren van nader bewijs op dit punt.

the course of his employment.¹²¹ Zoals besproken in § 7.5 heeft het *House of Lords* in 2001 in de zaak *Lister and Others v Hesley Hall Limited*¹²² geoordeeld dat sprake is van handelen *in the course of his employment* als er een nauw verband is tussen het onrechtmatig handelen van de werknemer en zijn functie. Dit verband is er ook dan als een werknemer zijn functie aanwendt door collega's of derden (in de zaak *Lister* in een internaat wonende jongens met gedragsproblemen) seksueel te misbruiken. Het verband is er niet als de functie van de werknemer geheel losstaat van zijn onrechtmatige handelwijze. In *Lister* werd de uitspraak in *Ward* als juist aangemerkt. Kennelijk vond ook het *House of Lords* dat er onvoldoende verband was tussen het werk van Kelly als conducteur en de door hem gepleegde seksuele intimidatie.

14.6.4 Kwalitatieve aansprakelijkheid voor intimidatie wegens sekse en/of ras naar Duits recht

Ook naar Duits recht kan een werkgever kwalitatief aansprakelijk worden gehouden voor psychische ziekte als gevolg van seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras. Een werknemer kan in dit verband een beroep doen op het *Organisationsverschulden* van de werkgever, op grond waarvan de werkgever aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door een werknemer als hij zijn organisatie en de werkzaamheden van het personeel niet op zodanige wijze heeft ingericht als noodzakelijk is om schade van derden te voorkomen.¹²³ Hierbij is dus sprake van een mengvorm van risicoaansprakelijkheid en foutaansprakelijkheid. In de rechtspraak is van deze vorm van kwalitatieve aansprakelijkheid tot dusver niet of nauwelijks gebruik gemaakt met betrekking tot seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras. In de literatuur worden hiervoor echter wel mogelijkheden gezien, zowel bij seksuele intimidatie alsook bij pesten.¹²⁴

121 Het is mij niet duidelijk waarom de werknemster in deze zaak geen beroep heeft gedaan op de *Sex Discrimination Act*. Wellicht heeft dit te maken met het feit dat in dat geval aangetoond had moeten worden dat de seksuele intimidatie tevens discriminatie opleverde. Dat dit het geval is, lijkt in deze zaak niet zonder meer vast te staan.

122 [2002] 1 AC 215 (House of Lords).

123 Zie verder § 8.5.1. Ook een beroep op een meer strikte vorm van kwalitatieve aansprakelijkheid, die minder dicht tegen foutaansprakelijkheid aanligt, is mogelijk, maar wordt in de praktijk vrijwel niet gedaan vanwege de beperkingen daarvan. Zie § 8.5.1.

124 Discriminatie en (seksuele) intimidatie worden ook vaak gezien als verschijningsvormen van pesten. Zie bijvoorbeeld P. Wickler, "Wertorientierungen in Unternehmen und gerichtlicher Mobbingenschutz", *Der Betrieb* 2002, p. 477-484. Naast een beroep op het *Organisationsverschulden* is kwalitatieve aansprakelijkheid naar Duits recht ook mogelijk op grond van § 831 BGB. Deze mogelijkheid wordt hier verder niet besproken vanwege het geringe belang ervan door de uitsluiting aansprakelijkheid van de werkgever en van collega's op grond van § 104 BGB. Zie meer uitgebreid § 8.5.1.

HOOFDSTUK 14

14.6.5 *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor intimidatie wegens sekse en/of ras naar Amerikaans recht*

In het Amerikaanse recht is kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever mogelijk op grond van Titel VII van de *Civil Rights Act*. Daarbij wordt, wat seksuele intimidatie betreft, onderscheid gemaakt tussen twee vormen: quid pro quo intimidatie en intimidatie waardoor een vijandig werkklimaat wordt gecreëerd. Quid pro quo intimidatie (voor wat, hoort wat) houdt in dat het toelaten van het ongewenste seksuele gedrag een voorwaarde voor de tewerkstelling is of dat alleen positieve beslissingen worden genomen, zoals promotie, salarisverhoging etc., of negatieve beslissingen niet genomen worden (ontslag, geen promotie etc.), als bepaalde seksuele gunsten worden verleend.¹²⁵ In kwesties betreffende een onveilig werkklimaat gaat het vaak om een sfeer op het werk waarin seksueel getinte grappen, handtastelijkheden etc. tot de onderlinge omgangsvormen behoren.

De kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor seksuele intimidatie van het quid pro quo-type is een risicoaansprakelijkheid, zo heeft het *Supreme Court* beslist.¹²⁶ Toont een werknemster aan dat zij het slachtoffer is van seksuele intimidatie door een leidinggevende van het quid pro quo-type, dan is de werkgever daarvoor aansprakelijk, tenzij hij aantoont dat de handeling/beslissing van de leidinggevende, die volgens de werknemster te maken had met het weigeren van seksuele gunsten, op een rechtvaardigingsgrond berust die niets van doen heeft met discriminatie. In zaken betreffende een vijandig werkklimaat, zo heeft het *Supreme Court* beslist in de uitspraken *Burlington Industries Inc. v. Ellerth*¹²⁷ en *Faragher v. City of Boca Raton*,¹²⁸ kan een werkgever aan kwalitatieve aansprakelijkheid voor gedragingen van een leidinggevende ontkomen door ten eerste aan te tonen dat hij beleid heeft ontwikkeld en uitgevoerd tegen seksuele intimidatie en aldus zijn zorgplicht om seksuele intimidatie tegen te gaan is nagekomen, en door daarnaast te bewijzen dat het slachtoffer geen stappen heeft ondernomen ter voorkoming van de intimidatie, bijvoorbeeld geen gebruik heeft gemaakt van een bestaande klachtenprocedure.¹²⁹ Een werkgever kan in dit type zaken derhalve het vermoeden dat hij nalatig is geweest ontkrachten. Nog niet beslist is of een werkgever ook aansprakelijk is indien hij wel beleid heeft gevoerd maar er toch seksuele intimidatie heeft plaatsgevonden en het slachtoffer van haar kant de nodige stappen heeft ondernomen, zoals bijvoorbeeld het indienen van een

125 Zie de *Guidelines on Sexual Harassment*, U.S. Equal Opportunities Commission, 1980. Hierover J. Sperling, "Lessen uit de Verenigde Staten over seksuele intimidatie", *NJB* 1996, p. 242-246.

126 *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57 (Supreme Court, 1986).

127 *Burlington Industries Inc. v. Ellerth*, 524 U.S. 742 (Supreme Court, 1998).

128 *Faragher v. City of Boca Raton*, 524 U.S. 775 (Supreme Court, 1998).

129 Een dergelijk verweer wordt aangeduid als een *affirmative defense*.

klacht. Zou dat het geval zijn, dan zou ook de kwalitatieve aansprakelijkheid voor een onveilig werkklimaat sterk gaan lijken op een risicoaansprakelijkheid. Een werkgever zou dan immers aansprakelijk zijn ook in geval hij een beleid tegen seksuele intimidatie heeft gevoerd.

Onder meer vanwege dit laatste aspect heeft een minderheid van het *Supreme Court* zich uitgesproken tegen de meerderheidsopvatting in *Ellerth* en *Faragher*. Deze rechters hebben opgemerkt dat het *Supreme Court* feitelijk een vorm van risicoaansprakelijkheid heeft geïntroduceerd. Zij achten dit niet terecht omdat naar hun mening uitgangspunt moet blijven dat een werkgever alleen dan aansprakelijk kan worden gehouden voor seksuele intimidatie van het type vijandig werkklimaat als de werkgever onrechtmatig handelen kan worden verweten, bijvoorbeeld door de intimidatie niet te doen stoppen terwijl hij er wel van op de hoogte was. In de literatuur is steun geuit voor deze *dissenting opinion*.¹³⁰ Door andere schrijvers zijn de uitspraken van het *Supreme Court* echter toegejuicht en is er op gewezen dat de benadering van het *Supreme Court* veel werkgevers ertoe heeft aangezet om een (effectiever) beleid te ontwikkelen tegen seksuele intimidatie.¹³¹ Overigens geldt de kwalitatieve aansprakelijkheid als ontwikkeld door het *Supreme Court* alleen voor seksuele intimidatie door leidinggevendenden. In geval van intimidatie door collega's in een gelijke of lagere positie geldt als uitgangspunt dat een werkgever alleen dan aansprakelijk is als hij van de intimidatie wist of had moeten weten, doch ten onrechte geen maatregelen heeft getroffen.¹³²

De kwalitatieve aansprakelijkheid op grond van de *Civil Rights Act* voor seksuele intimidatie van het type 'vijandig werkklimaat' is, gezien voorgaande, een mengvorm van risicoaansprakelijkheid en foutaansprakelijkheid, die sterk lijkt op de kwalitatieve aansprakelijkheid op grond van de SDA en de RRA naar Engels recht. Enerzijds is sprake van risicoaansprakelijkheid, voor zover de werkgever op grond van de *Civil Rights Act* aansprakelijk is voor gedragingen van ondergeschikten zonder dat hemzelf een verwijt treft, en anderzijds is sprake van foutaansprakelijkheid omdat de werkgever aan aansprakelijkheid kan ontkomen door aan te tonen dat hij voldoende maatregelen heeft getroffen om de intimidatie te voorkomen en te bestrijden. De aansprakelijkheid voor seksuele intimidatie

130 Francis Achampong, "Employer Liability for Hostile Environment Sexual Harassment by a Supervisor: A Critical Assessment of the Supreme Court's New Vicarious Liability Standard", 28 *Southwestern University Law Review* 45, 1998.

131 Yamada, 88 *Georgetown Law Journal* 475, 2000. Zie voor verdere verwijzingen de literatuur genoemd in de noten 273 en 274 in het artikel van Yamada.

132 Vgl. *Grozdanich v. Leisure Hills Health Ctr., Inc.*, 25 F.Supp. 2d 953 (Minnesota, 1998). Zie ook William R. Corbett, "Faragher, Ellerth and the Federal Law of Vicarious Liability for Sexual Harassment by Supervisors: Something Lost, Something Gained, and Something to Guard Against", 7 *William & Mary Bill of Rights Journal* 801, 1999.

HOOFDSTUK 14

van het *quid pro quo*-type daarentegen is een zuivere risicoaansprakelijkheid, terwijl de aansprakelijkheid van de werkgever voor gedragingen van niet-leidinggevend een zuivere vorm van foutaansprakelijkheid is.

De uitspraken in *Ellerth* en *Faragher* hebben betrekking op seksuele intimidatie. Nog niet duidelijk is of dezelfde vorm van kwalitatieve aansprakelijkheid ook geldt voor intimidatie op een andere in Titel VII genoemde grond, waaronder ras/etnische afkomst. Aannemelijk is dit echter wel, gelet op de door het *Supreme Court* gebruikte algemene formuleringen en op het feit dat voor aansprakelijkheid voor intimidatie wegens geslacht en wegens ras altijd dezelfde normen hebben gegolden.¹³³

Een werkgever kan ook kwalitatief aansprakelijk zijn voor intimidatie op grond van de *tort of IIED*. In dat geval is vereist dat de werknemer die de intimidatie heeft gepleegd, dit deed *in the course and scope of employment*. Voor de beoordeling of dit het geval is, is van belang of de seksuele intimidatie op de werkvloer en onder werktijd plaatsvond, of het was toegestaan door de werkgever en of de werknemer beoogde met de intimidatie op de één of andere wijze het belang van de werkgever of dat van de vervulling van zijn functie te dienen. Met name dit laatste zal bij seksuele intimidatie en/of intimidatie op grond van ras afkomst niet snel het geval zijn. Soms wordt echter een iets ruimere benadering gehanteerd en wordt kwalitatieve aansprakelijkheid aangenomen indien het werk de gelegenheid heeft geboden voor de intimidatie.¹³⁴ In beide gevallen is sprake van risicoaansprakelijkheid van de werkgever en niet van foutaansprakelijkheid.

14.6.6 Kwalitatieve aansprakelijkheid voor intimidatie wegens sekse en/of ras: evaluatie en eigen opvatting

Uit het voorgaande blijkt dat alle vier de onderzochte rechtsstelsels vormen van kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor intimidatie op grond van sekse en/of ras kennen. De vormgeving daarvan verschilt echter. In grote lijnen kunnen twee soorten systemen worden onderscheiden: kwalitatieve aansprakelijkheid waarbij sprake is van risicoaansprakelijkheid en kwalitatieve aansprakelijkheid die een mengvorm is van risicoaansprakelijkheid en foutaansprakelijkheid.

133 Zie Debra Domenick, "Title VII: How Recent Developments in the Law of Sexual Harassment Apply with Equal Force to Claims of Racial Harassment", 103 *Dickinson Law Review* 765, 1999.

134 Deze tendens is gebaseerd op de *Restatement (Second) of Agency* section 219 waarin onder andere is bepaald dat aansprakelijkheid voor ondergeschikten kan worden aangenomen als de werkgever nalatig of roekeloos was. Dit *Restatement* is in beginsel enkel van toepassing indien een werknemer buiten het kader van zijn dienstverband heeft gehandeld, maar de erin verwoorde principes worden soms ook toegepast als de onrechtmatige daad wel in het kader van de werkzaamheden is gepleegd.

heid. Tot de eerste categorie behoren de aansprakelijkheid op grond van artikel 6:170 BW, *vicarious liability* op grond van de *common law* naar Engels recht, de kwalitatieve aansprakelijkheid uit hoofde van de *tort of IIED* naar Amerikaans recht, en de kwalitatieve aansprakelijkheid op grond van de Amerikaanse *Civil Rights Act* voor seksuele intimidatie van het *quid pro quo*-type. Tot de tweede categorie behoren de kwalitatieve aansprakelijkheid naar Engels recht op grond van de SDA en de RRA, het Duitse *Organisationsverschulden* en de aansprakelijkheid voor intimidatie in de vorm van een vijandig werkklimaat uit hoofde van de Amerikaanse *Civil Rights Act*.

De mix van foutaansprakelijkheid en risicoaansprakelijkheid die de tweede categorie kent is typerend voor de kwalitatieve aansprakelijkheid voor opzettelijke gedragingen als seksuele intimidatie, intimidatie op grond van ras, fysieke mishandeling, discriminatie en, zoals we in het volgende hoofdstuk zullen zien, pesten. Bij aansprakelijkheid voor letsel als gevolg van niet-opzettelijke gedragingen/nalatigheden is een dergelijke mix niet aan de orde. Dat komt doordat nalatigheden eenvoudiger kunnen worden aangemerkt als voortvloeiend uit de werkzaamheden van een werknemer, terwijl bij opzettelijke gedragingen steeds de vraag rijst of deze nog wel zijn gepleegd in het kader van de werkzaamheden. Samenhang tussen bepaalde werkzaamheden en een opzettelijke onrechtmatige gedraging van een werknemer is namelijk niet steeds aanwezig. Vaak zal de onrechtmatige gedraging niet direct voortvloeien uit bepaalde taken, maar zal deze een goede uitoefening van deze taken juist in de weg staan.

Om deze redenen wordt in alle rechtstelsels, waarin een werkgever op basis van risicoaansprakelijkheid aansprakelijk kan zijn voor gedragingen van zijn ondergeschikten, geworsteld met de aansprakelijkheid voor opzettelijke misdragingen van ondergeschikten.¹³⁵ Soms wordt, zoals in *Lister and Others v Hesley Hall Limited*,¹³⁶ aangenomen dat er ook dan sprake is van handelen *in the course of his employment* als er een nauw verband is tussen het onrechtmatig handelen van de werknemer en zijn functie. Dat is dan bijvoorbeeld het geval wanneer een werknemer zijn functie gebruikt om daar doelen mee te bereiken die daaraan precies tegengesteld zijn, zoals het gebruik van een vertrouwensfunctie voor seksueel misbruik. Het criterium van het nauwe verband is echter nogal vaag en daarmee niet geschikt voor het afbakenen van situaties waarin nog wel sprake is van functioneel verband en waarin niet meer.¹³⁷ In andere gevallen wordt voor de vraag of sprake is van functioneel verband met name beslissend geacht of de onrechtmatige gedraging zich al dan niet op de werkplek en onder werktijd heeft afgespeeld.¹³⁸ Nadeel daarvan is echter dat het gebruik van deze criteria – hoewel

135 Zie § 14.6.2 t/m 14.6.5. Zie verder § 3.10.2, § 7.5, § 8.5.2 en § 9.5.

136 [2002] 1 AC 215 (House of Lords).

137 Zie ook § 7.5 en S. Deakin, "Enterprise-Risk: The Juridical Nature of the Firm Revisited". *Industrial Law Journal* vol. 32, 2003, p. 105.

138 Zie bijvoorbeeld Rb. Breda 5 maart 2002, *JAR* 2002, 223 en Rb. Arnhem 7 december 2000, nr. 00-452, n.g.

HOOFDSTUK 14

behulpzaam in sommige gevallen – tot arbitraire resultaten kan leiden omdat werktijd en werkplek niet altijd duidelijk af te bakenen zijn. Zo is het bijvoorbeeld onduidelijk of het afleggen van huisbezoeken door een chef bij vrouwelijke ondergeschikten in de uren buiten werktijd nog kan worden aangemerkt als zijnde geschied in de uitoefening van de werkzaamheden of niet.¹³⁹

Een geheel andere benadering is die waarin wordt aangenomen dat gedragingen als seksuele intimidatie bijna per definitie losstaan van het werk omdat zij inhoudelijk gezien niets met het werk te maken hebben.¹⁴⁰ Ook die aanpak stuit echter op bezwaren. Een eerste bezwaar is dat daarmee afbreuk wordt gedaan aan de preventieve doelstelling die wetgeving inzake intimidatie en discriminatie in de regel heeft.¹⁴¹ Zou kwalitatieve aansprakelijkheid wel kunnen worden aangenomen voor ‘gewone’ nalatigheden, maar niet voor gedragingen als intimidatie en discriminatie, dan wordt de werkgever niet erg gestimuleerd om tegen die tweede soort gedragingen maatregelen te nemen. Een tweede bezwaar is dat in deze benadering eerder aansprakelijkheid kan worden aangenomen voor minder ernstige vormen van intimidatie en discriminatie – omdat die wellicht nog wel geacht kunnen worden te zijn gepleegd in het kader van het werk – dan voor ernstiger vormen. Dit doet bepaald onbillijk aan en is ook strijdig met voornoemde preventieve doelstellingen.¹⁴²

De oplossing voor deze problematiek is in het Engelse gelijke behandelingsrecht, het Duitse recht en het Amerikaanse recht ten aanzien van aansprakelijkheid voor seksuele intimidatie van het type vijandig werkklimaat op grond van de *Civil Rights Act*, gevonden in het toelaten van elementen van foutaansprakelijkheid in het systeem van kwalitatieve aansprakelijkheid. Naar Engels recht is een werkgever op grond van de *Sex Discrimination Act* en de *Race Relations Act* aansprakelijk voor discriminatie en/of intimidatie gepleegd door één van zijn werknemers, tenzij hij zodanige stappen heeft genomen als redelijkerwijs van hem verlangd mocht worden teneinde de intimiderende werknemer van zijn gedrag te weerhouden.¹⁴³ Daarbij geldt tevens dat functioneel verband eerder wordt aangenomen wanneer de gepleegde intimidatie/discriminatie ernstiger is, hetgeen eveneens duidt op foutaansprakelijkheid. Voor risicoaansprakelijkheid doet de ernst van de gedraging er namelijk in beginsel niet toe, terwijl bij foutaansprakelijkheid

139 Zie Pres. Rb. Dordrecht 19 oktober 1998, besproken in Holtmaat 1999, p. 229-230 (nr. 116), waarin het overigens ging om een ontslagzaak en niet om kwalitatieve aansprakelijkheid.

140 Zoals in de uitspraak van de rechtbank Breda 5 maart 2002, *JAR* 2002, 223 en die in *Ward v Scotrail Railways Ltd.* 199 SC 255 (27 november 1998). Zie § 14.6.2 en § 14.6.3.

141 Zie hierover het Engelse *Court of Appeal* in *Jones v Tower Boot Co Ltd* [1996] IRLR 168. Zie § 14.6.3.

142 Zie *Jones v Tower Boot Co Ltd* [1996] IRLR 168.

143 Zie § 14.6.3.

de werkgever juist ernstiger gedragingen moet voorkomen. In het Duitse recht lijkt bij seksuele intimidatie een beroep op het *Organisationsverschulden*¹⁴⁴ mogelijk. Daarbij is een werkgever aansprakelijk voor schade veroorzaakt door een werknemer in het geval dat hij – de werkgever dus – zijn organisatie en de werkzaamheden van het personeel niet op zodanige wijze heeft ingericht als noodzakelijk is om schade van derden te voorkomen. Op grond van de uitspraken van het Amerikaanse *Supreme Court* is een werkgever aansprakelijk voor seksuele intimidatie van het type vijandig werkklimaat, tenzij hij kan aantonen dat hij beleid heeft ontwikkeld en uitgevoerd tegen seksuele intimidatie en aldus zijn zorgplicht om seksuele intimidatie tegen te gaan is nagekomen, en daarnaast kan bewijzen dat het slachtoffer geen stappen heeft ondernomen ter voorkoming van de intimidatie, bijvoorbeeld geen gebruik heeft gemaakt van een bestaande klachtenprocedure.¹⁴⁵

In het Nederlandse recht is een dergelijke ontwikkeling tot nog toe niet te zien. De reden daarvoor is wellicht dat een werkgever naar Nederlands recht een tamelijk verstrekkende zorgplicht heeft ter voorkoming van seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras. Deze zorgplicht strekt zich blijkens de jurisprudentie ook uit tot het voorkómen dat een werknemer intimidatie wegens sekse of ras ondervindt door een collega en het nemen van maatregelen zodra blijkt dat toch van dergelijke intimidatie sprake is. Een werkgever moet een gericht en samenhangend beleid tegen intimidatie voeren, moet de risico's op intimidatie in kaart brengen en maatregelen nemen ter voorkoming van verwezenlijking van die risico's en moet adequaat reageren op klachten van werknemers.¹⁴⁶ Een werknemer die is geïntimideerd door collega's zal zich dus in veel gevallen rechtstreeks op de zorgplicht van de werkgever kunnen beroepen. Een beroep op kwalitatieve aansprakelijkheid voegt dan niet veel toe, mede gelet op het feit dat de werknemer dan geconfronteerd wordt met het vereiste van functioneel verband als voorwaarde voor aansprakelijkheid.

Het geheel overziend lijkt de klassieke vorm van kwalitatieve aansprakelijkheid, waarbij risicoaansprakelijkheid van de werkgever bestaat voor schade veroorzaakt door zijn ondergeschikten, geen geschikte grondslag te zijn voor aansprakelijkheid voor intimidatie en discriminatie, dit vanwege het doorgaans opzettelijke karakter van die gedragingen en de preventieve doelstelling – het stimuleren van werkgevers tot het voorkómen van intimidatie en discriminatie – van de regelgeving op dat vlak. Een mengvorm van foutaansprakelijkheid en risicoaansprakelijkheid kan wel goede diensten bewijzen evenals een vorm van foutaansprakelijkheid waarbij de zorgplicht van de werkgever zich ook uitstrekt tot

144 Een dergelijk beroep is in elk geval mogelijk bij pesten, zie § 14.6.3, maar vermoedelijk ook wel bij seksuele intimidatie, nu pesten en seksuele intimidatie vrijwel steeds op één lijn worden gesteld. Zie verder § 14.6.4.

145 Zie § 14.6.5.

146 Zie § 14.3.1 en § 14.4.2.

HOOFDSTUK 14

gedragingen van zijn werknemers.¹⁴⁷ De Britse schrijver Deakin heeft in dit verband gepleit voor het creëren van een aparte vorm van ondernemings- of organisatieaansprakelijkheid voor die risico's ter preventie waarvan een onderneming, gelet op de specifieke risico's die haar activiteiten met zich brengen en op haar omvang en economische positie, maatregelen zou moeten nemen.¹⁴⁸ In deze vorm van aansprakelijkheid zouden, aldus Deakin, kwalitatieve aansprakelijkheid en foutaansprakelijkheid kunnen worden geïncorporeerd. Dit idee lijkt nader onderzoek waard, zij het dat het volgens mij niet noodzakelijk is om – in elk geval waar het de werkgeversaansprakelijkheid voor werkgerelateerd letsel van werknemers betreft – een nieuwe vorm van aansprakelijkheid in het leven te roepen. Een mengvorm van risicoaansprakelijkheid en foutaansprakelijkheid of een foutaansprakelijkheid die zich ook uitstrekt tot gedragingen van ondergeschikten lijkt in dit opzicht voldoende bescherming te bieden.

14.7 Vergoeding van psychisch letsel door seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras op no-fault basis

14.7.1 Plan van behandeling

Niet alleen kwalitatieve aansprakelijkheid in de vorm van risicoaansprakelijkheid voor seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras levert moeilijkheden op, maar ook de vergoeding van psychisch letsel door intimidatie op no-fault basis in de vorm van een verplichte ongevallenverzekering. Ook daarbij wordt namelijk in beginsel geen acht geslagen op een eventuele tekortkoming aan de zijde van de werkgever, terwijl bij seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras die tekortkoming nu juist bij uitstek relevant is, in de eerste plaats omdat het daarbij gaat om opzettelijke gedragingen en niet om nalatigheden, in de tweede plaats omdat intimidatie moeilijk gezien kan worden als iets dat nu eenmaal inherent is aan het verrichten van werk, en in de derde plaats omdat vanuit een no-fault systeem weinig prikkel uitgaat tot het voorkómen van seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras, terwijl dit nu juist de doelstelling is van de wetgeving op dit vlak. Het verschil tussen kwalitatieve aansprakelijkheid en vergoeding op no-fault basis is dat in het eerste geval wel sprake moet zijn van een onrechtmatige gedraging, namelijk van een ondergeschikte, terwijl uitgangspunt van een no-fault systeem is dat arbeidsongevallen en beroepsziekten in zekere zin worden beschouwd als zijnde inherent aan het verrichten van werkzaamheden.¹⁴⁹ In het hiernavolgende zal worden bekeken hoe in het Nederlandse

147 Wel geldt daarbij als vereiste dat het risico op seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras kenbaar dient te zijn. Zie § 14.5.2.

148 Deakin, *Industrial Law Journal* vol. 32, June 2003, p. 113.

149 In de Verenigde Staten worden de kosten hiervan op tamelijk cynische wijze wel gezien als 'the costs of production' en als zodanig doorberekend aan de consument. Zie § 9.2.1.

recht, het Duitse recht en het Amerikaanse recht wordt omgegaan met vergoeding van psychische ziekte door seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras op no-fault basis. Daarna volgt een evaluatie en zal ik mijn eigen opvatting over vergoeding op no-fault basis van de gevolgen van intimidatie weergeven.

14.7.2 Vergoeding van psychisch letsel door seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras op no-fault basis naar Nederlands recht

In het Nederlandse recht worden, formeel gesproken, in het ambtenarenrecht op no-fault basis financiële voorzieningen verstrekt aan een ambtenaar die psychisch ziek is geworden door het werk. In feite vindt in die gevallen echter geen zuivere no-fault toetsing plaats, maar wordt onderzocht of de werkgever een verwijt treft ten aanzien van het ontstaan van de psychische ziekte van de ambtenaar. Dit blijkt onder meer uit de, in § 14.4.2 besproken, zaak waarin aan een ambtenaar rechtspositionele voorzieningen werden verstrekt omdat hij langer ziek was gebleven dan normaliter verwacht had mogen worden door het feit dat zijn werkgever nalatig was geweest met het overplaatsen van een collega van wie de ambtenaar ernstige discriminatie en intimidatie had ondervonden.

No-fault toetsing vindt daarnaast in zekere zin plaats in het ontslagrecht, voor zover daarin aan een werknemer een vergoeding wordt toegekend omdat hij ziek is geworden door intimidatie wegens sekse en/of ras op het werk, zonder dat tevens sprake is van een tekortkoming van de werkgever. In de rechtspraak zijn hiervan enkele voorbeelden te vinden. Zo overwoog de kantonrechter Rotterdam in een uitspraak uit 1994 dat de werkgever voldoende adequaat had gereageerd op klachten van een werkneemster over een intimiderende filiaalchef, door het dienstverband met deze chef te beëindigen. Dat de arbeidsverhouding vervolgens verstoord raakte, vanwege de reacties van mannelijke collega's van de werkneemster, kon noch de werkgever noch de werkneemster worden verweten. De rechter kende aan de werkneemster echter toch een ontbindingsvergoeding toe vanwege de beëindiging van haar, langdurige, dienstverband.¹⁵⁰

In verreweg de meeste ontslagzaken waarin aan een werknemer een ontslagvergoeding wordt toegekend omdat op het werk sprake is geweest van seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras, wordt door de rechter echter geoordeeld dat de werkgever een verwijt treft van de situatie.¹⁵¹ Dit is ook wel begrijpelijk omdat het feit dat er intimidatie heeft plaatsgevonden op het werk en dat dit tot ontslag van de geïntimideerde werknemer leidt of heeft geleid, reeds impliceert dat de werkgever kennelijk te weinig heeft gedaan om deze werknemer tegen intimidatie te beschermen. Het toekennen van een ontslagvergoeding wegens seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras, zuiver en alleen omdat het

150 Ktr. Rotterdam 6 december 1994, te vinden in Holtmaat, 1999, nummer 71 op p. 176-177.

151 Zie de rechtspraak genoemd in noot 73 van dit hoofdstuk.

HOOFDSTUK 14

ontslag wordt geacht in de risicosfeer van de werkgever te liggen, komt daarom weinig voor.

14.7.3 *Vergoeding van psychisch letsel door seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras op no-fault basis naar Duits recht*

Zoals in hoofdstuk 8 is besproken, wordt werkgerelateerd letsel naar Duits recht hoofdzakelijk op no-fault basis vergoed, door middel van de verplichte collectieve ongevallenverzekering zoals neergelegd in het *Sozial Gesetzbuch* deel VII (SGB).¹⁵² Dit geldt echter niet voor ziekte als gevolg van seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras. Een enkele schrijver merkt op dat in geval van ziekte door seksuele intimidatie mogelijk aanspraak kan worden gemaakt op een uitkering krachtens het SGB.¹⁵³ De meeste schrijvers zijn het er echter over eens dat seksuele intimidatie een inbreuk vormt op het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer en daarmee, indien de werkgever een verwijt valt te maken van het feit dat zijn werknemer slachtoffer is geworden van seksuele intimidatie, tevens een schending door de werkgever van zijn *Fürsorgepflicht*. Een werknemer kan dan dus op één van die twee gronden – inbreuk persoonlijkheidsrecht of schending *Fürsorgepflicht* – voor schadevergoeding in aanmerking komen. Achtergrond van deze opvatting is dat (seksuele intimidatie) wordt beschouwd als een aantasting van de menselijke waardigheid van een werknemer en als een vorm van ongelijke behandeling van mannen en vrouwen en niet als een beroepsziekte in de zin van het SGB.

14.7.4 *Vergoeding van psychisch letsel door seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras op no-fault basis naar Amerikaans recht*

De vraag of arbeidsongeschiktheid als gevolg van seksuele intimidatie aanspraak geeft op *workers' compensation* wordt in de Amerikaanse staten verschillend beantwoord. In ongeveer de helft van de staten wordt ervan uitgegaan dat arbeidsongeschiktheid als gevolg van seksuele intimidatie binnen het bereik van de *workers' compensation* wetgeving valt en dat *workers' compensation* de *exclusive remedy* is in geval van ziekte door seksuele intimidatie. Seksuele intimidatie wordt dan beschouwd als een gebeurtenis die niet wezenlijk verschilt van andere gebeurtenissen op het werk die arbeidsongeschiktheid veroorzaken. In andere staten is bij seksuele intimidatie (of intimidatie op grond van ras) wel een beroep op *tort* of op de *Civil Rights Act* mogelijk. De rechters in deze staten zijn van oordeel dat seksuele intimidatie niet kan worden beschouwd als een *accident* of als een gebeurtenis die inherent is aan het verrichten van werkzaamheden, zodat een uit-

152 Zie § 8.2.

153 Zie Holzbecher, Braszeit, Müller, Plogstedt, 1991, p. 347.

zondering moet worden gemaakt op het exclusieve karakter van de *workers' compensation* wetten.¹⁵⁴

Een voorbeeld van de eerste benadering is te vinden in een uitspraak van het *Indiana Court of Appeals* uit 1989.¹⁵⁵ De zaak betrof een werkneemster die stelde seksueel te zijn geïntimideerd door haar leidinggevende. Deze zou gezegd hebben dat de beoordelingen van de werkneemster beter zouden uitvallen als zij een seksuele relatie met hem zou hebben. Ook zou hij herhaaldelijk hebben gevraagd of de werkneemster een seksuele relatie met hem wilde en zou hij haar steeds hebben aangeraakt, op haar rug, billen en schouders. De werkneemster vorderde schadevergoeding uit hoofde van *tort*. Het *Indiana Court of Appeal* oordeelde echter dat *workers' compensation* de *exclusive remedy* van de werkneemster was. Het *Court* overwoog als volgt:

“(an) accident arises out of employment if it has its origin in a risk connected with that employment and flowed as a rational consequence from the employment. (...) A causal nexus is established when the accident arises out of a risk which a reasonable prudent person might comprehend as incidental to the employment at the time of entering into it, or, when the facts show an incidental connection between the conditions under which the employee works and the injury.”

Seksuele intimidatie werd door het *Court* als een dergelijk arbeidsgebonden risico beschouwd.

Een voorbeeld van de tweede benadering is te vinden in een uitspraak van het *Tennessee Supreme Court*, inhoudende dat schade als gevolg van intimidatie niet geacht kan worden uit de werkzaamheden voort te vloeien in de zin van de *workers' compensation* wetgeving. Seksuele intimidatie, aldus het *Tennessee Supreme Court* :

“did not arise out of employment in the meaning of the workmen's compensation acts”.¹⁵⁶

154 In een aantal staten kan een werknemer de werkgever buiten de ongevallenverzekeringen om aanspreken tot schadevergoeding indien sprake is van opzet van de werkgever. Zie verder § 9.2.1 en Lex K. Larson and Arthur Larson, *Workers' Compensation Law: Cases, Materials and Text*, 3rd ed., New York 2000, p. 546.

155 *Fields v. Cummins Employees' Federal Credit Union*, 540 N.E.2d 631 (Ind. Ct. App. 1989).

156 *Anderson v. Save-A-Lot, Ltd.*, 989 S.W. 2d 277 (Tenn. 1999). Zie hierover en over verschillende andere uitspraken inzake seksuele intimidatie en *workers' compensation* Erica L. Woodford, “Anderson v. Save-A-Lot, Ltd.: Recovery Under Workers' Compensation for Psychological Injury”, *American Journal of Trial Advocacy*, Summer 1999, p. 237-240.

HOOFDSTUK 14

Ook het *Arizona Supreme Court*¹⁵⁷ was van mening dat *workers' compensation* niet als de *exclusive remedy* kan worden gezien in een geval van seksuele intimidatie. Dit gerecht overwoog in een zaak waarin een werkneemster een zelfmoordpoging deed na seksueel geïntimideerd te zijn op het werk, dat niet gesproken kon worden van een *accident*. Het had in deze zaak 13 maanden geduurd voordat de werkgever, na de klacht van de werkneemster over seksuele intimidatie, tot actie jegens de pleger van de intimidatie overging. Dit nalaten kon volgens de rechters moeilijk worden aangemerkt als een *accident*.

In de literatuur zijn overwegend voorstanders te vinden van het tweede standpunt, namelijk dat *workers' compensation* niet het geschikte kader vormt voor de beoordeling van een vordering tot vergoeding van schade als gevolg van seksuele intimidatie. De argumenten die zij noemen zijn, samengevat, de volgende:

- Seksuele intimidatie is geen risico dat inherent is aan het werk zoals verkeerd werkende machines e.d. Teneinde werkgevers te prikkelen om maatregelen te nemen tegen seksuele intimidatie en vanuit de gedachte dat er bij seksuele intimidatie sprake is van aantasting van de waardigheid van vrouwen, kan niet als uitgangspunt worden gehanteerd – zoals dat gebeurt in de *workers' compensation* wetgeving – dat het risico op seksuele intimidatie nu eenmaal bij het werk hoort.
- *Workers' compensation* is een *no-fault system*, waarbij het niet relevant is of de werkgever al dan niet is tekortgeschoten in zijn verplichtingen, terwijl bij seksuele intimidatie het nu juist gaat om naleving van de norm dat seksuele intimidatie niet dient plaats te vinden.
- Seksuele intimidatie kan niet worden aangemerkt als een ongeval. Er is, integendeel, sprake van opzettelijk gedrag. De *workers' compensation* wetgeving biedt geen kader om dat te beoordelen.
- Een ruime uitleg van de *workers' compensation* wetgeving strekt ter bescherming van de werknemer. Bij seksuele intimidatie beroept de werkgever zich echter op de *workers' compensation* wetgeving om zijn aansprakelijkheid te beperken.¹⁵⁸

Deze schrijvers pleiten voor het juridisch aanpakken van seksuele intimidatie via een beroep op *Title VII Civil Rights Act* of via een beroep op *tort*, in het bijzonder de *tort of IIED*.

Het belang van het al dan niet van toepassing zijn van de *workers' compensation* wetgeving ligt, uiteraard, in de hoogte van de schadevergoeding. Onder de *wor-*

157 *Ford v. Revlon, Inc.*, 734 P.2d 580 (Ariz. 1987).

158 Zie met name Jane Byeff Korn, "The fungible woman and other myths of sexual harassment", 67 *Tulane Law Review*, 1993, p. 1363-1419. Zie verder Ehrenreich, 88 *Georgetown Law Journal* 1, 1999; Ruth C. Vance, "Workers' Compensation and Sexual Harassment in the Workplace: a Remedy for Employees or a Shield for Employers?", 11 *Hofstra Labor Law Journal* 141, 1993.

workers' compensation stelsels krijgt een werknemer slechts een bescheiden vergoeding en wordt niet de volledige schade vergoed. Het is bovendien mogelijk dat in geval van seksuele intimidatie geheel geen recht bestaat op *workers' compensation*, namelijk indien de seksuele intimidatie niet heeft geleid tot *disability* als bedoeld in de *workers' compensation* wetten. Kan een werkneemster zich op *tort* beroepen, dan is uitgangspunt dat de volledige schade wordt vergoed. In geval van een beroep op de *Civil Rights Act* gelden bepaalde beperkingen, maar is de vergoeding in de regel nog altijd hoger dan op grond van de *workers' compensation* wetten.¹⁵⁹

Indien wordt aangenomen dat ziekte als gevolg van seksuele intimidatie (en intimidatie op grond van ras) aanspraak kan geven op een uitkering krachtens de *workers' compensation* wetgeving, dan moet worden nagegaan hoe daarbij de causale relatie tussen ziekte en werk moet worden vastgesteld. Anders dan bij psychische ziekten als gevolg van overbelasting doet zich bij intimidatie in veel mindere mate het probleem voor dat de causale relatie tussen ziekte en werk niet of moeilijk kan worden vastgesteld zonder daarbij de eventuele tekortkoming van de werkgever te betrekken. Weet een werknemer aan te tonen dat er daadwerkelijk sprake is geweest van seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras, dan zal veelal kunnen worden aangenomen dat zijn psychische ziekte daarvan het gevolg is, zeker als daarbij nog aanvullend medisch bewijs wordt geleverd. De vraag kan dan nog zijn of de intimidatie wel een ernstig genoeg karakter had om te kunnen worden aangemerkt als de oorzaak van een psychische ziekte, doch ook deze vraag kan worden beantwoord zonder daarbij de eventuele tekortkoming van de werkgever te betrekken. Een probleem kan wel ontstaan in die situaties waarin niet wordt geëist dat zich daadwerkelijk intimidatie heeft voorgedaan op de werkplek, maar het voldoende wordt geacht dat de werknemer meent dat dit het geval is. Een voorbeeld daarvan is de uitspraak in de Californische zaak *Albertson's, Inc. V. Workers' Compensation Appeals Board* uit 1982.¹⁶⁰

In die zaak stelde een werkneemster psychisch ziek te zijn geworden – in de vorm van een *anxiety attack* en een *ongoing personality disorder* – als gevolg van door haar onderzochte seksuele intimidatie op het werk. De geraadpleegde psychiater gaf als zijn oordeel dat het onwaarschijnlijk was dat de intimidatie daadwerkelijk had plaatsgevonden, maar stelde vast dat de werkneemster als gevolg van haar persoonlijkheidsstoornis wel seksuele intimidatie had ervaren.

De rechter wees op grond daarvan het verzoek om *workers' compensation* toe. De rechter stelde vast dat het werk de psychische ziekte 'getriggerd' had en dat, nu de werkgever werknemers moet nemen zoals zij zijn, inclusief persoonlijkheidsstoornis, (de *eggshell skull rule*) moest worden aangenomen dat de werkneemster ziek was geworden als gevolg van gebeurtenissen op het werk.

159 Zie § 9.5.

160 131 cal. App. 3d 308, 182; Cal. Rptr. 304 (1982).

HOOFDSTUK 14

Deze beslissing is veelvuldig bekritiseerd omdat bij een dergelijke benadering vrijwel geen enkele beperking wordt gesteld aan de toekenning van *workers' compensation* in geval van een psychische ziekte als gevolg van het werk.¹⁶¹ De milde benadering van de Californische rechtspraak heeft ook geleid tot een toename met 360% van het aantal verzoeken om *workers' compensation* in de zes jaren na de uitspraak. Naar aanleiding daarvan heeft de Californische wetgever bepaald dat alleen letsel als gevolg van daadwerkelijke gebeurtenissen voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁶²

14.7.5 *Vergoeding van psychisch letsel door seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras op no-fault basis: evaluatie en eigen opvatting*

Exclusieve werking no-fault systeem onwenselijk

Uit het voorgaande en dan met name uit de bespreking van het Amerikaanse recht blijkt dat de vergoeding van psychische ziekte als gevolg van seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras op no-fault basis problematisch is. De reden daarvoor is niet zozeer dat het moeilijk of ondoenlijk zou zijn om de causale relatie tussen psychische ziekte en werk vast te stellen zonder daarbij de tekortkoming van de werkgever te betrekken. Dit is bij intimidatie, vanwege de mate van concreetheid van de gedraging, in de regel geen probleem.¹⁶³ Het probleem bij seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras is veeleer dat de aard van de gedragingen aan vergoeding op no-fault basis in de weg staat. Zoals al eerder opgemerkt zijn seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras in de regel opzettelijke gedragingen en geen nalatigheden. Zij kunnen daarom moeilijk worden beschouwd als verschijnselen die nu eenmaal bij het werk horen. Een dergelijk uitgangspunt strookt bovendien niet met de grondrechtelijke benadering van seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras, waarvan het uitgangspunt is dat deze gedragingen als zodanig moeten worden voorkómen en bestreden omdat sprake is van ontoelaatbare vormen van discriminatie. Het lijkt mij dan ook dat, zoals ook in het Duitse recht wordt onderkend en zoals wordt betoogd door verschillende Amerikaanse schrijvers,¹⁶⁴ vergoeding op no-fault basis van psychische ziekte als gevolg van seksuele intimidatie en/of intimidatie op grond van ras niet in de rede ligt.

Dit is anders als de vergoeding op no-fault basis niet wordt beschouwd als de *exclusive remedy* voor ziekte door intimidatie en een werknemer zich, naast zijn

161 Zie met name Aya V. Matsumoto, "Reforming the Reform: Mental Stress Claims under California's Workers' Compensation System", 27 *Loyola of Los Angeles Law Review* 1327, 1994.

162 Zie voor een overzicht Matsumoto, 27 *Loyola of Los Angeles Law Review* 1327, 1994.

163 Bij ziekte door overbelasting is dit veel moeilijker. Zie § 12.6.2 en § 3.7.6.

164 Vgl. Ehrenreich, 88 *Georgetown Law Journal* 1, 1999; Vance, 11 *Hofstra Labor Law Journal* 141, 1993; Byeff Korn, 67 *Tulane Law Review*, 1993, p. 1363-1419.

beroep op het no-fault systeem, tevens kan beroepen op aansprakelijkheid van de werkgever voor zijn restschade buiten het no-fault systeem om. In dat geval heeft de werknemer namelijk de mogelijkheid om een volwaardige schadevergoeding te verkrijgen voor de inbreuk die op zijn grondrechten is gemaakt en wordt de werkgever op basis van het civiele aansprakelijkheidsrecht gestimuleerd tot het nemen van preventieve maatregelen met betrekking tot seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras. De op no-fault basis verkregen uitkering kan dan op de schadevergoeding in mindering worden gebracht. In het Nederlandse ambtenarenrecht wordt een dergelijk systeem gevolgd. Een ambtenaar kan op grond daarvan aanspraak maken op financiële voorzieningen in geval van ziekte door seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras en kan voor het overige, desgewenst, zijn werkgever aansprakelijk stellen voor zijn restschade.¹⁶⁵

Toetsing binnen een no-fault systeem

Binnen een no-fault systeem kan alleen dan aanspraak worden gemaakt op vergoeding van ziekte door seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras als vaststaat dat er causaal verband bestaat tussen die ziekte en het werk. Hiervoor is al opgemerkt dat de vaststelling van causaal verband bij intimidatie op grond van sekse en/of ras weinig problematisch is. Veelal zal namelijk gewezen kunnen worden op een bepaalde concrete gebeurtenis en zal aan de hand daarvan vastgesteld kunnen worden of het al dan niet aannemelijk is dat die gebeurtenis psychische ziekte teweeg heeft gebracht. Alleen indien de intimidatie als zodanig niet bewezen kan worden of in het geval sprake is van een zeer lichte vorm van intimidatie, zal de vaststelling van het causaal verband tussen werk en ziekte problemen kunnen opleveren. De werknemer zal dan nader bewijs moeten leveren ofwel van de intimidatie ofwel van een aan de werkgever te wijten tekortkoming met betrekking tot het niet voorkómen van de intimidatie.

Dit nadere bewijs zal alleen dan niet noodzakelijk zijn als de rechter het voldoende acht voor het recht op uitkering dat de werknemer een bepaalde gebeurtenis op het werk aanwijst die volgens hem de oorzaak is van zijn ziekte, zonder dat deze gebeurtenis aan bepaalde eisen hoeft te voldoen, en hij tevens aantoont dat hij daadwerkelijk ziek is. Elke vorm van intimidatie kan dan in beginsel aanspraak geven op een vergoeding, ook zeer lichte vormen van intimidatie, zolang maar sprake is van een reële ziekte. In zijn meest extreme vorm kan zelfs inge-

165 Het feit dat het Nederlandse systeem in deze verschilt van het Duitse en Amerikaanse heeft te maken met het feit dat de regeling in het Nederlandse ambtenarenrecht berust op de destijds door de wetgever gevoelde morele plicht om aanvullende financiële voorzieningen te treffen in geval een ziekte is veroorzaakt door een aan de dienstuitoefening verbonden risico. Zie § 5.2, noot 4. In het Duitse en Amerikaanse recht is sprake van een alomvattende regeling waarbij getracht is een balans te treffen tussen de belangen van werkgevers en werknemers. Zie Larson en Larson, 2000, p. 13 en p. 15.

HOOFDSTUK 14

beelde intimidatie, zoals in de hiervoor besproken zaak *Albertson's*,¹⁶⁶ recht geven op vergoeding op no-fault basis. Een dergelijke benadering lijkt mij niet wenselijk. De nadruk wordt dan te sterk gelegd op het bestaan van ziekte, terwijl niet duidelijk is of deze ziekte wel daadwerkelijk het gevolg is van het werk, of dat de oorzaak ervan veeleer in de persoonlijkheidsstructuur van de betrokken werknemer ligt en het werk alleen maar de aanleiding heeft gevormd voor het naar buiten komen van de ziekte.¹⁶⁷ Beter is het om, als dan toch vergoeding op no-fault basis van ziekte door seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras plaatsvindt, aan de ernst van de intimidatie bepaalde eisen te stellen, zodat duidelijk is dat de intimidatie daadwerkelijk de oorzaak is van de ziekte van de werknemer. Veelal zal dat ertoe leiden dat tevens wordt getoetst of sprake is van een tekortkoming van de werkgever, omdat die al snel in beeld komt waar het gaat om ernstige vormen van intimidatie, maar dit is minder problematisch dan het te gemakkelijk toekennen van een vergoeding voor intimidatie die eigenlijk niet als zodanig omschreven kan worden of die wellicht geheel niet heeft plaatsgevonden.

14.8 Smartengeld bij seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras

De toekenning van smartengeld in geval van psychische ziekte door seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras verdient aparte aandacht, in de eerste plaats omdat hierbij soepeler vereisten gelden dan bij andere oorzaken van psychische ziekte en ten tweede omdat in het Engelse recht richtlijnen zijn gegeven voor de vaststelling van de hoogte van het smartengeld die ook voor het Nederlandse recht behulpzaam kunnen zijn.

Zoals reeds opgemerkt in § 14.4.1, kunnen seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras in een grondrechtelijke benadering ook recht geven op een vergoeding van immateriële schade als geen sprake is van geestelijk letsel. In het Nederlandse recht worden seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras, mits van voldoende ernst, aangemerkt als een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106 lid 1 sub b BW en bestaat op die grond recht op smartengeld.¹⁶⁸ Naar Engels recht bestaat recht op een vergoeding voor *injury to feelings* in geval van seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras en wordt, anders dan in het Engelse arbeidsrecht gebruikelijk is, niet geëist dat sprake is van een *recognised psychiatric injury*.¹⁶⁹ In het Amerikaanse recht geven seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras ook dan recht op schadevergoeding als de intimidatie

166 *Albertson's, Inc. V. Workers' Compensation Appeals Board*, 131 cal. App. 3d 308, 182; Cal. Rptr. 304 (1982). Zie verder § 14.7.4.

167 Zie ook § 11.4.7, § 12.6 en § 13.6.2.

168 Zie de rechtspraak genoemd in § 14.4.2.

169 Zie verder § 7.4.4.

(nog) niet een *nervous breakdown* heeft geleid¹⁷⁰ en naar Duits recht levert *sexuelle Belästigung* een aantasting op van het persoonlijkheidsrecht van de betrokken werknemster en bestaat reeds op die grond recht op smartengeld, ook als geen sprake is van ziekte.¹⁷¹ In al deze gevallen heeft de relatief gemakkelijke toekenning van smartengeld te maken met het feit dat seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras worden aangemerkt als discriminatie en daarmee als inbreuken op de grondrechten van werknemers.

Met betrekking tot de hoogte van die vergoeding zijn alleen in het Engelse recht expliciete aanwijzingen te vinden. Deze zijn tot stand gekomen in de rechtspraak van het *Employment Appeal Tribunal* en het *Court of Appeal*. De eerste belangrijke uitspraak in dit opzicht is door het *Employment Appeal Tribunal* gewezen in de zaak *Armitage v Johnson*.¹⁷² Deze zaak betrof de gevangenismedewerker Johnson met een donkere huidskleur die, gedurende een periode van 18 maanden, door blanke collega's en chef werd buitengesloten, werd onderworpen aan racistische opmerkingen en valse beschuldigingen, opgeroepen voor werk wat er niet bleek te zijn als hij aankwam, gewaarschuwd voor de omvang van zijn ziekteverzuim terwijl een blanke collega met een veel hoger verzuim geen waarschuwing kreeg, en door zijn collega's aangegeven bij de chef vanwege het vroeg verlaten van een dienst terwijl alle collega's dat deden. Zijn chef stuurde hem vervolgens een waarschuwing voor het vroeg verlaten van zijn dienst, maar ging niet in op de opmerking van Johnson dat zijn collega's ook vroeg weg waren gegaan. Een hogere leidinggevende van Johnson onderzocht zijn klachten, maar concludeerde dat deze 'tussen zijn oren' zaten en dat hij ten onrechte alles aan discriminatie weet.

Uiteindelijk begon Johnson een rechtszaak tegen de werkgever, een collega en de chef. Het *Industrial Tribunal* kende hem daarin een vergoeding toe van £ 20.000,- ter zake van *injury to feelings*, £ 7.500,- voor *aggravated damages*, te betalen door de werkgever, en £ 500,-, te betalen door respectievelijk de chef en de collega die zich aan de ernstigste vormen van intimidatie hadden schuldig gemaakt. Het *Industrial Tribunal* achtte deze bedragen op zijn plaats omdat sprake was geweest van een systematische campagne van raciale intimidatie en discriminatie. In hoger beroep oordeelde het *Employment Appeal Tribunal* dat deze schadevergoeding weliswaar aan de hoge kant was, maar niettemin niet onjuist omdat bij intimidatie/discriminatie zoveel mogelijk de werkelijke schade moet worden vergoed en bovendien een zodanige schadevergoeding betaald moet worden dat de doelstelling van de antidiscriminatiewetgeving niet wordt ondergraven. Voorts overwoog het *Employment Appeal Tribunal* dat bij de toekenning van een vergoeding voor *injury to feelings* de volgende criteria in acht moeten worden genomen:

170 *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17 (Supreme Court, 1993).

171 Zie ook § 14.4.4 waarin is opgemerkt dat seksuele intimidatie in het algemeen wordt aangemerkt als een inbreuk op het algemeen persoonlijkheidsrecht van een werknemer. Een dergelijke inbreuk geeft recht op smartengeld als is voldaan aan de criteria genoemd in § 8.4.1.

172 [1997] IRLR 162 (Employment Appeal Tribunal).

HOOFDSTUK 14

- het doel van de vergoeding is dat de werkelijke schade wordt vergoed;
- de schadevergoeding moet niet te laag zijn om de effectiviteit van de antidiscriminatiwetgeving niet te ondergraven, maar ook niet extreem hoog ten einde te voorkomen dat intimidatie wordt gezien als “*the way to untaxed riches*”;¹⁷³
- tot op zekere hoogte moet worden aangesloten bij schadevergoedingen die gangbaar zijn in *personal injury cases*;
- de rechter moet nagaan wat de geldwaarde van de vergoeding in het dagelijkse leven is;
- de rechter moet rekening houden met de maatschappelijke opvattingen over de hoogte van schadevergoedingen voor intimidatie/discriminatie.

Aan deze richtlijnen heeft het *Employment Appeal Tribunal* in de zaak *HM Prison Service v Salmon*¹⁷⁴ toegevoegd dat het mogelijk is om zowel een vergoeding toe te kennen voor *injury to feelings* als een vergoeding voor *psychiatric damage* als een vergoeding voor inkomensschade. In die zaak was een werknemster – een gevangenenbewaarster¹⁷⁵ – ziek geworden wegens depressie na gediscrimineerd en geïntimideerd te zijn op grond van sekse op de werkplek.

Het *Employment Appeal Tribunal* stelt vast dat er sprake is geweest van een continue stroom aan vrouwonvriendelijke opmerkingen en grappen, dat *senior officers* pornografische tijdschriften lazen in het bijzijn van de werknemster, dat zij door een bepaalde leidinggevende denigrerend werd behandeld en tenslotte dat er in een voor alle werknemers toegankelijk boek, waarin onder meer de vonnissen van de gevangenen werden genoteerd, twee passages waren opgeschreven die intimiderend en discriminerend waren en waarmee beoogd werd de werknemster te kwetsen. De werkgever heeft geen maatregelen genomen om het belang van een beleid tegen discriminatie kenbaar te maken, heeft leidinggegenden geen training gegeven op dit gebied en heeft toegestaan dat op kluisjes pornografische tekeningen werden gemaakt. Bovendien heeft de werkgever het incident met het boek lange tijd gebagatelliseerd en eerst tijdens de gerechtelijke procedure maatregelen genomen. Aan de werknemster wordt daarom een vergoeding toegekend van £ 45.094,88 wegens inkomensschade, £ 20.000,- wegens *injury to feelings* en £ 11.250,- vanwege *psychiatric damage*.

Het *Employment Appeal Tribunal* erkent dat er een risico bestaat op overlap tussen een vergoeding voor *injury to feelings* en voor *psychiatric damage*, maar meent dat het toekennen van een dubbele schadevergoeding voorkomen kan worden door een zorgvuldige afbakening van het bereik van beide vergoedingen. Daarbij moet in aanmerking worden genomen, aldus het *Employment Appeal Tribunal*, dat de vergoeding voor *injury to feelings* in het algemeen betrekking heeft op minder ern-

173 Aldus het *Employment Appeal Tribunal*, overweging 27.

174 [2001] IRLR 425 (*Employment Appeal Tribunal*).

175 Eén van de drie vrouwelijke gevangenenbewaarders op een personeelsbestand van 120 mensen.

stig letsel dat relatief kort duurt en geen erkende psychiatrische ziekte vormt, terwijl bij *psychiatric damage* wel sprake is van een erkende ziekte, die bovendien in de regel langer zal duren.

In *Vento v The Chief Constable of West Yorkshire Police*¹⁷⁶ tenslotte, heeft het *Court of Appeal* instructies gegeven voor de vaststelling van de hoogte van vergoedingen voor *injury to feelings* in discriminatiezaken. Die zaak betrof een medewerkster bij de politie die een klinische depressie had ontwikkeld door de wijze waarop zij behandeld was. Onder meer waren haar klachten over discriminatie en intimidatie niet serieus genomen en ook niet in behandeling genomen. Verder weigerde de werkgever tijdens de rechtszaak nog steeds om te erkennen dat sprake was geweest van discriminatie en intimidatie. Het *Industrial Tribunal* had aan Vento een bedrag van £ 165,829 toegekend voor toekomstige inkomensschade, £ 65.000,- voor *injury to feelings* en £ 9.000,- voor *psychiatric damage*. Zowel het *Employment Appeal Tribunal* als het *Court of Appeal* vonden deze bedragen te hoog. Het *Court of Appeal* laat uiteindelijk de vergoeding voor het verlies aan toekomstig inkomen in stand, hoewel zij ook dit bedrag hoog vindt, maar stelt de overige vergoedingen neerwaarts bij tot een vergoeding van £ 18.000,- voor *injury to feelings*, £ 5.000,- ter zake van *aggravated damages* en £ 9.000,- voor *psychiatric damage*.

Met het oog op de behandeling van volgende zaken merkt het *Court of Appeal* op dat een schadevergoeding voor *injury to feelings* niet hoger zou moeten zijn dan £ 25.000,-. In ernstige gevallen van discriminatie en/of intimidatie dient naar het oordeel van het *Court of Appeal* een bedrag te worden toegekend tussen de £ 15.000,- en £ 25.000,-, in serieuze gevallen die niet in de zwaarste categorie vallen een bedrag tussen de £ 5.000,- en £ 15.000,-, en in de minst ernstige gevallen, dat wil zeggen als sprake is van een eenmalige discriminatie, een bedrag tussen de £ 500,- en £ 5.000,-.¹⁷⁷ Er dienen geen bedragen onder de £ 500,- te worden toegekend, teneinde te voorkomen dat discriminatie/intimidatie als niet ernstig wordt beschouwd. Als een rechter van oordeel is dat een zo lage schadevergoeding zou moeten worden toegekend, doet hij er beter aan om geheel geen vergoeding toe te kennen.

Worden deze bedragen vergeleken met de in het Nederlandse recht aan smartengeld toegekende bedragen, dan blijkt het verschil niet heel groot te zijn. De hoogte van de vergoedingen voor immateriële schade liggen in het Nederlandse recht tot nog toe tussen de f 10.000,- (€ 4.545,-) en de € 23.000,-.¹⁷⁸ Daarbij was het bedrag van € 23.000,- toegekend in een geval waarin sprake was van ernstige discriminatie/intimidatie en bovendien van een erkende psychiatrische ziekte,¹⁷⁹

176 [2002] EWCA Civ 1871 (Court of Appeal).

177 Omgerekend naar Nederlandse valuta gaat het dan, bij een wisselkoers van 1,148 van eind maart 2005, afgerond om ongeveer de volgende bedragen: € 17.230,- tot € 28.720,-; € 5.745,- tot € 17.230,- en € 574,- tot € 5.745,-.

178 Zie § 14.4.2.

179 Rb. Zwolle 12 februari 2002, TAR 2002, 83 en, in hoger beroep, CRvB 6 februari 2004, TAR 2004, 62.

HOOFDSTUK 14

terwijl het bedrag van f 10.000,- als voorschot op schadevergoeding in een kort geding was toegekend, dus wellicht nog is verhoogd in een bodemprocedure.¹⁸⁰ In het Nederlandse recht zijn echter geen richtlijnen ontwikkeld voor de hoogte van het toe te kennen smartengeld bij intimidatie en discriminatie. Wellicht kunnen daarom de Engelse richtlijnen als referentiekader dienen. Het voordeel van het gebruik van dergelijke richtlijnen is dat zij de rechter een aanknopingspunt bieden voor het vaststellen van een vergoeding van immateriële schade en dat een zekere consensus kan worden bereikt over de hoogte van de toe te kennen vergoeding.

Een belangrijk verschil tussen het Nederlandse en het Engelse recht is dat, naar Engels recht, naast een vergoeding voor *injury to feelings*, nog een afzonderlijke immateriële schadevergoeding kan worden toegekend vanwege *psychiatric damage*.¹⁸¹ Naar Nederlands recht is een dergelijke vergoeding inbegrepen in het smartengeld dat wordt toegekend vanwege een aantasting in de persoon. Het Nederlandse recht kent namelijk maar twee soorten schadevergoeding: vergoeding van vermogensschade en vergoeding van ander (immaterieel) nadeel. Dit immateriële nadeel wordt niet verder opgesplitst in subcategorieën zoals in het Engelse recht wel het geval is. Een vergoeding voor *injury to feelings* zal naar Nederlands recht dus deel uitmaken van een vergoeding voor *psychiatric damage* of andersom. Positief aan deze benadering is dat *injury to feelings* in de regel toch lastig zal zijn te onderscheiden van *psychiatric damage*, zodat het gekunsteld aan doet om voor beide vormen van schade aparte vergoedingen toe te kennen. Aan de andere kant strookt het toekennen van één totaalbedrag niet met het uitgangspunt dat seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras sowieso recht geven op smartengeld, ook indien daardoor geen psychisch letsel is ontstaan, omdat daarmee een inbreuk wordt gemaakt op de menselijke waardigheid van een werknemer. Indien die gedachte centraal staat, dient een aparte vergoeding te worden toegekend vanwege de intimidatie als zodanig, naast een eventuele vergoeding voor de psychische ziekte die er het gevolg van is. Zoals gezegd is dit naar Nederlands recht echter niet mogelijk. Teneinde toch inzichtelijk te maken welk bedrag bestemd is als vergoeding voor de intimidatie als zodanig en welk bedrag als vergoeding voor de psychische ziekte die door de intimidatie is teweeggebracht, lijkt het mij een goede zaak als de Nederlandse rechter, indien hij een bedrag aan smartengeld toekent vanwege seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras, zichtbaar maakt uit welke componenten dit bedrag is opgebouwd, althans de omvang van de vergoeding motiveert met het oog op beide aspecten.

180 Zie Pres. Rb. Amsterdam 22 februari 2001, RN 2001, 1319.

181 Zie *HM Prison Service v Salmon* [2001] IRLR 425 (Employment Appeal Tribunal).

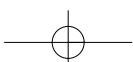
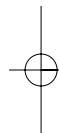
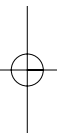
14.9 Conclusie

Een werkgever heeft in alle vier de onderzochte rechtsstelsels zowel de verplichting om zichzelf te onthouden van seksuele intimidatie en/of intimidatie op grond van ras als om werknemers te beschermen tegen intimidatie wegens sekse en/of ras door collega's of leidinggevenden. In het tweede geval ontstaat de zorgplicht van de werkgever op het moment dat het hem kenbaar is of behoort te zijn dat er intimidatie plaatsvindt in zijn onderneming of dat hierop een reëel risico bestaat. De werkgever heeft daarnaast in alle vier de rechtsstelsels een meer algemene verplichting om risico's op seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras te inventariseren en maatregelen te nemen ter voorkoming van verwezenlijking van die risico's.

Een werkgever kan ook kwalitatief aansprakelijk worden gesteld voor (de gevolgen van) seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras gepleegd door één van zijn ondergeschikten. Kwalitatieve aansprakelijkheid in de vorm van risicoaansprakelijkheid lijkt daarbij een minder geschikt kader te bieden voor de beoordeling van het recht op schadevergoeding, dan kwalitatieve aansprakelijkheid die tevens trekken heeft van foutaansprakelijkheid. Reden daarvoor is het opzettelijke karakter van seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras en het feit dat deze vormen van intimidatie een aantasting vormen van de menselijke waardigheid van een werknemer en als zodanig door de werkgever bestreden dienen te worden. Risicoaansprakelijkheid past daar minder goed bij. Ditzelfde geldt voor vergoeding uit hoofde van een no-fault systeem, althans indien een dergelijk systeem exclusieve werking heeft. Kan een werknemer naast een vergoeding op no-fault basis nog vergoeding van zijn restschade vorderen op basis van het aansprakelijkheidsrecht, dan is vergoeding op no-fault basis niet problematisch.

Binnen een no-fault systeem dient als uitgangspunt te gelden dat alleen ziekte als gevolg van serieuze intimidatie zonder meer recht geeft op een vergoeding. Bij lichte vormen van intimidatie zal een werknemer nader bewijs moeten leveren van de causale relatie tussen ziekte en intimidatie, hetzij door meer bewijs bij te brengen van de intimidatie hetzij door het een en ander te stellen, en zo nodig bewijzen, over een door de werkgever gepleegde tekortkoming.

Omdat seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras worden aangemerkt als vormen van discriminatie wordt in alle vier de onderzochte rechtsstelsels relatief snel aangenomen dat recht bestaat op een vergoeding van immateriële schade. In beginsel is hiervoor voldoende dat vaststaat dat er een serieuze vorm van intimidatie heeft plaatsgevonden. Voor de vaststelling van de hoogte van het smartengeld zijn door de Engelse rechter richtlijnen ontwikkeld. Deze of vergelijkbare richtlijnen zouden ook in het Nederlandse recht als referentiekader gebruikt kunnen worden.



15. Psychisch letsel als gevolg van pesten

15.1 Inleiding en plan van behandeling

15.1.1 Inleiding en definities

Dit hoofdstuk is gewijd aan de vergoeding van psychisch letsel als gevolg van pesten. Pesten is gedrag dat sterk vergelijkbaar is met seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras, zoals beschreven in het vorige hoofdstuk. Ook pesten kan gezien worden als een inbreuk op de menselijke waardigheid van werknemers en als zodanig als ongeoorloofd, terwijl tevens een benadering vanuit de optiek van gezondheidsschade mogelijk is, waarbij pesten alleen dan recht geeft op schadevergoeding als ten onrechte geen maatregelen zijn genomen ter voorkoming van psychische ziekte, terwijl het ontstaan van deze ziekte voorzienbaar was. Het belangrijkste verschil tussen pesten enerzijds en seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras anderzijds is dat de tweede soort gedragingen, behalve als meer in algemene zin laakbaar, tevens worden aangemerkt als discriminatie. Voornamelijk om die reden zijn er ten aanzien van seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras geschreven normen ontwikkeld waar dit met betrekking tot pesten niet (steeds) het geval is en wordt bij seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras sneller aangenomen dat sprake is van ontoelaatbare gedragingen dan bij pesten. Ook van pesten wordt inmiddels echter erkend dat dit een belangrijke oorzaak kan zijn van psychische ziekte. Daarom wordt, zoals in dit hoofdstuk nader zal worden toegelicht, in toenemende mate van werkgevers verwacht dat zij werknemers niet alleen tegen seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras beschermen, maar ook tegen pesten op het werk. Pesten kan omschreven worden als vijandig, vernederend of intimiderend gedrag, dat steeds is gericht op dezelfde persoon. De Duitse rechter spreekt van:

“fortgesetzte, aufeinander aufbauende oder ineinander übergreifende, der Anfeindung, Schikane oder Diskriminierung dienende Verhaltensweisen, die nach Art und Ablauf im Regelfall einer übergeordneten, von der Rechtsordnung nicht gedeckten Zielsetzung förderlich sind und jedenfalls in ihrer Gesamtheit das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder andere ebenso geschützte Rechte, wie der Ehre oder die Gesundheit des Betroffenen verletzen. Eind vorgefasster Plan ist nicht erforderlich. Eind Fortsetzung des Verhaltens unter slichter Ausnutzung der Gelegenheiten ist ausreichend.”¹

De Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) definieert pesten in kortere bewoordingen als volgt:

1 LAG Thüringen 10.4.2001, NZA-RR 2001, 347 en DB 2001, 1204.

HOOFDSTUK 15

"offensive behavior through vindictive, cruel, malicious or humiliating attempts to undermine an individual or groups of employees."²

De FNV volgt deze definitie bijna letterlijk. Zij omschrijft pesten als:

"vijandig, vernederend of intimiderend gedrag, dat steeds gericht is op dezelfde persoon."³

De hier genoemde definities hebben gemeen dat zij pesten aanmerken als vijandig, vernederend of intimiderend gedrag dat is bedoeld om de positie van één of meerdere collega-werknemers te ondermijnen en zijn/hun werkomgeving nadelig te beïnvloeden. Het gaat daarbij steeds om opzettelijk gedrag, waarbij de opzet overigens is gericht op het pesten, niet op het toebrengen van gezondheidsschade.⁴ Het pestgedrag moet zich over een langere periode voortzetten. Een enkel vervelend incident wordt niet als pesten in de hier bedoelde zin aangemerkt. Bij pesten hoeft geen sprake te zijn van een vooropgezet plan. Het misbruik maken van de gelegenheid tot pesten is voldoende om te kunnen concluderen dat van pesten sprake is.

In dit hoofdstuk zal de definitie van het IAO en de daarop gebaseerde definitie van de FNV als uitgangspunt worden genomen. Daarbij is nog van belang om te weten dat, waar in het Nederlandse recht wordt gesproken van pesten of intimidatie, de Duitsers pesten aanduiden (in goed Duits) als *Mobbing*, en de Engelsen en Amerikanen spreken van (*workplace*) *bullying*. Ook wordt wel, in navolging van het Franse recht, waarin het begrip *l'harcèlement moral* is geïntroduceerd, gesproken over *moral harassment*. Daarmee wordt dan bedoeld op intimidatie in het algemeen in tegenstelling tot intimidatie op een specifieke grond, zoals *sexual harassment* of *racial harassment*.⁵

Pesten kan te herleiden zijn tot sekse, etnische afkomst, huidskleur, seksuele geaardheid etc. In een dergelijk geval is tevens sprake van discriminatie. Deze

2 Deze definitie is te vinden bij David C. Yamada, "The Phenomenon of 'Workplace Bullying' and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection", 88 *Georgetown Law Journal* 475, 2000.

3 FNV-brochure, *De 13 meest gestelde vragen over Pesten op het Werk*, Amsterdam 1999.

4 Zie ook de definitie die Spamer geeft in zijn dissertatie: H.G. Spamer, *Mobbing am Arbeitsplatz* (diss.), Frankfurt am Main, 2000, p. 34-35.

5 Friedman en Whitman geven een nadere toelichting op de verschillende definities. Het begrip 'mobbing' is volgens hen afkomstig uit de biologie en wordt in Engeland en de VS ook voornamelijk in die zin gebruikt. Het Amerikaanse begrip 'pesten' is *workplace bullying*, maar in de VS is niet veel aandacht voor dit concept, in tegenstelling tot het concept van intimidatie wegens sekse en/of ras. Zie Gabrielle S. Friedman and James Q. Whitman, "The European Transformation of Harassment Law: Discrimination versus Dignity", *Columbia Journal of European Law*, Spring 2003, p. 241-274.

vormen van pesten zullen in dit hoofdstuk buiten beschouwing worden gelaten, nu zij in het vorige hoofdstuk reeds aan de orde zijn geweest. Verder wordt met pesten of intimidatie in dit hoofdstuk bedoeld op gedragingen van werknemers, waaronder collega's en leidinggevendenden, jegens één van hen. Gedragingen van derden, zoals publiek, passagiers, cliënten, patiënten e.d., vallen hierbuiten.⁶ Voor zover deze gedragingen dusdanig ernstig zijn dat zij psychische ziekten teweeg brengen, zoals bijvoorbeeld bedreigingen met fysiek geweld en dergelijke, is hetgeen in hoofdstuk 11 is geschreven omtrent de aansprakelijkheid van de werkgever voor traumatische gebeurtenissen op het werk van toepassing.

Pesten kan, evenals seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras, zowel gevolgen hebben voor de fysieke als voor de psychische gezondheid. Bij de psychische gevolgen kan gedacht worden aan ziekten als overspannenheid, burn-out, een zenuwinstorting, depressie, en in het ergste geval zelfdoding. De ernst van de gevolgen hangt veelal samen met de duur van het pesten. Volgens onderzoek van de Duitse arts Bremer kan pesten, als dit een half jaar aanhoudt, reeds leiden tot een (niet chronische) posttraumatische stress stoornis. Duurt het pesten een jaar of langer, dan kan een mogelijk chronische angststoornis ontstaan, die niet meer verdwijnt zonder intensieve behandeling.⁷ Uit onderzoek door TNO Arbeid blijkt dat pesten/intimidatie door collega's en leidinggevendenden beduidend meer nadelige gevolgen heeft voor de gezondheid en het welzijn van het slachtoffer dan intimidatie door derden (klanten e.d.). Pesten door collega's had bij ongeveer 25% van de ondervraagde werknemers (mede) tot een burn-out geleid, terwijl het aandeel in het ontstaan van burn-out van pesten door klanten ongeveer 10% bedroeg.⁸

15.1.2 Plan van behandeling

Evenals bij seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras kan een werkgever voor de gevolgen van pesten aansprakelijk worden gehouden indien hij zichzelf hieraan schuldig heeft gemaakt en/of indien hij wist of behoorde te weten dat er gepest werd in de onderneming, maar heeft nagelaten om in te grijpen. Op de zorgplicht van de werkgever ter voorkoming en bestrijding van pesten zal

6 Eenzelfde onderscheid tussen pesten op het werk en agressie van derden wordt gemaakt door J. Soethout en M. Sloep, *Evaluatie Arbowet over seksuele intimidatie, agressie en geweld en pesten op het werk*, Ministerie van SZW, Den Haag 2000 en door Y. van Dam en M. Engelen in *Evaluatie van de Arbowet inzake ongewenste omgangsvormen*, Ministerie van SZW, Den Haag 2004.

7 Zie uitgebreid met diverse verwijzingen: Spamer, diss. 2000, p. 45-47.

8 TNO Arbeid, *TNO Arbeidssituatie Survey 2002*, Hoofddorp, 2002. Zie ook <http://www.arbeid.tno.nl/perskamer/20030714.html>, 26 september 2004. Zie verder Soethout en Sloep, p. 36, die op basis van hun onderzoek de conclusie trekken dat het ziekteverzuim onder slachtoffers van pesten 22% bedraagt tegen een percentage van 9% onder slachtoffers van agressie en geweld door derden.

HOOFDSTUK 15

worden ingegaan in § 15.3 en § 15.4. Verder is ook bij pesten kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor zijn werknemers mogelijk. De invulling daarvan zal in § 15.5 aan de orde komen. Het vergoeden van psychisch letsel door pesten op no-fault basis zal worden besproken in § 15.6 en de vergoeding van immateriële schade door pesten in § 15.7. Deze onderwerpen zullen aan de orde komen nadat ik in § 15.2 enige achtergrondinformatie over pesten heb gegeven. Besloten wordt met een conclusie (§ 15.8).

15.2 Cijfers en achtergronden

Pesten komt relatief veel voor. In een Nederlands onderzoek uit 2000, uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, wordt gerapporteerd dat 16% van de ondervraagde werknemers op het huidige werk is gepest.⁹ In een vervolgonderzoek uit 2004 wordt aangegeven dat 15% van de ondervraagde werknemers in het afgelopen jaar het slachtoffer is geworden van intimidatie door chefs en/of collega's en dat 1 tot 5% is gepest.¹⁰ Wat het verschil is tussen intimidatie tussen chefs en/of collega's en pesten wordt in het onderzoek overigens niet duidelijk gemaakt. Uit onderzoek van TNO Arbeid uit 2003 komt een percentage van 14,2% gepeste werknemers naar voren.¹¹ Onderzoek in Duitsland levert een percentage op van ongeveer 5,5% gepeste werknemers in één jaar.¹² In totaal 11,3% van alle werknemers zou in Duitsland tijdens haar/zijn loopbaan één of meer keren met pesten te maken gehad hebben. In onderzoek uitgevoerd in de gehele Europese Unie tenslotte worden cijfers genoemd van 7,2% van alle werknemers en 12 miljoen van alle werkenden.¹³

9 Soethout en Sloep, 2000, p. 26.

10 *Evaluatie van de Arboret inzake ongewenste omgangsvormen*, Y. van Dam en M. Engelen in opdracht van het ministerie van SZW, Den Haag 2004, p. 7. Zie ook de reactie op dit rapport van staatssecretaris van SZW Van Hoof d.d. 10 december 2004, TK 2004-2005, 25 879, nr. 51.

11 TNO Arbeid, *TNO Arbeidssituatie Survey 2002*, Hoofddorp 2002. Zie ook Ministerie van SZW, *Arboret 2003*, Den Haag 2003, p. 32. In de *Arboret 2004* blijkt dit percentage overigens te zijn toegenomen tot 15,1%. Zie p. 21.

12 Sozialforschungsstelle Dortmund, *Der Mobbing-Report*, Dortmund 2002. Zie hierover B. Meschkutat, M. Stackelbeck, G. Langenhoff, "Der Mobbing-Report" in *Aktuelle Informationen* 2002, nr. 4, Ausgabe von der Deutscher Juristinnenbund, Berlin, 2002, p. 20-24 met verwijzing naar <http://www.sfs-mobbing-report.de/mobbing1024/index.htm>, 26 september 2004.

13 P.G.W. Smulders, D.J. Klein Hesselink, G.E. Evers (TNO Arbeid), "Geweld, intimidatie en discriminatie op het werk in de Europese Unie, een analyse van het databestand van de 'European Work Environment Survey' uit 1996 van de 'European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions'", Ministerie van SZW, 1999.

Uit het onderzoek van TNO Arbeid blijkt dat in 2002 pesten door collega's en/of leidinggevenden het meest voorkwam in de bedrijfstakken horeca, bankwezen, en industrie overig (niet zijnde metaalindustrie, chemie, en de voedings- en genotmiddelensector). De horeca was daarbij duidelijk de koploper met een percentage van 25% gepeste werknemers in het jaar 2002.¹⁴ Wordt ook seksuele intimidatie meegeteld, dan is naast de horeca de zorgsector – in het bijzonder de ziekenhuizen – de meest risicovolle bedrijfstak.¹⁵ Uit Duits onderzoek blijkt dat pesten op de werkvloer in alle soort bedrijven voorkomt, op alle verschillende niveaus. Er is geen bedrijfstak die er specifiek uitspringt waar het gaat om het risico om gepest te worden.¹⁶

Het blijkt moeilijk om aan te geven welke werknemers het meeste risico lopen om gepest te worden. In Duits onderzoek wordt aangegeven dat vrouwen en jongeren een groter risico op pesten lopen dan ouderen en mannen.¹⁷ In Nederlands onderzoek wordt de groep van 40-49 jaar genoemd als groep waarin de meeste werknemers gepest worden.¹⁸ Het gaat hierbij echter om zeer algemene gevolgtrekkingen. Specifiek onderzoek naar de vraag welke werknemers nu het meeste hinder van pesten ondervinden, is bij mijn weten (nog) niet gedaan. Wel blijkt uit interviews¹⁹ dat het met name werknemers zijn die 'buiten de groep vallen' die gepest worden. De redenen voor het 'buiten de groep vallen', kunnen echter nogal verschillen. Omstandigheden binnen bedrijven kunnen bijdragen aan het ontstaan van een klimaat waarin pesten gedijt. Omstandigheden die in dit opzicht genoemd worden, zijn onder meer het toenemen binnen een bedrijf van de druk op werknemers in verband met een verslechterende financiële situatie, slecht management, het ontbreken van adequate mogelijkheden voor conflictoplossing, en onduidelijkheid over te verrichten taken.²⁰

14 TNO Arbeidssituatie Survey 2002; zie ook Ministerie van SZW, *Arbobalans* 2003, Den Haag 2003, p. 32.

15 TNO Arbeidssituatie Survey 2002; zie ook Ministerie van SZW, *Arbobalans* 2003, Den Haag 2003, p. 32.

16 Sozialforschungsstelle Dortmund, *Der Mobbing-Report*, Dortmund 2002, p. 3. Zie <http://www.sfs-mobbing-report.de/mobbing1024/kurz.pdf>, 26 september 2004.

17 Sozialforschungsstelle Dortmund, *Der Mobbing-Report*, Dortmund 2002, p. 3. Zie <http://www.sfs-mobbing-report.de/mobbing1024/kurz.pdf>, 26 september 2004.

18 Soethout en Sloep, 2000, p. 26.

19 Spamer, diss. 2000, p. 43.

20 Spamer, diss. 2000, p. 41-42; Sozialforschungsstelle Dortmund, *Der Mobbing-Report*, Dortmund 2002, p. 3-6.

HOOFDSTUK 15

15.3 Zorgplicht ter voorkoming en bestrijding van (psychisch letsel door) pesten: rechtsvergelijkend overzicht*15.3.1 Plan van behandeling*

Ook bij pesten kan, evenals bij seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras,²¹ onderscheid worden gemaakt tussen een grondrechtelijke benadering en een benadering vanuit de invalshoek van letselschade. Het verschil tussen beide benaderingen zit dan wederom in het al dan niet stellen als vereiste voor aansprakelijkheid dat letsel voorzienbaar was en in het al dan niet stellen als voorwaarde voor de toekenning van smartengeld dat sprake is van geestelijk letsel. In de volgende twee paragrafen zal worden nagegaan welke benadering in welk rechtstelsel wordt gehanteerd en welke benadering de voorkeur verdient. Daarnaast zal worden ingegaan op andere aspecten van de invulling van de zorgplicht van de werkgever met betrekking tot pesten. Daarbij zal aandacht worden besteed aan de meer algemene preventieve verplichtingen van de werkgever en aan de verplichtingen die in een concreet geval moeten worden nageleefd. Bij dit laatste zal weer onderscheid worden gemaakt tussen de verplichting van de werkgever om zich zelf van pesten te onthouden en zijn verplichting om pesten door ondergeschikten te voorkomen en te bestrijden. In § 15.3 wordt een rechtsvergelijkend overzicht gegeven van de zorgplicht die de werkgever naar Nederlands, Engels, Duits en Amerikaans recht heeft ten aanzien van pesten. In § 15.4 worden de uitkomsten hiervan geëvalueerd en van commentaar voorzien.

15.3.2 Zorgplicht werkgever naar Nederlands recht: algemene verplichtingen

Naar Nederlands recht is een werkgever zowel op grond van de Arbowet als op grond van meer concrete verplichtingen geformuleerd in de rechtspraak gehouden om werknemers tegen pesten te beschermen. De Arbowet bevat een meer algemene verplichting van de werkgever om pesten te voorkomen en te bestrijden, hoewel het woord 'pesten' of 'intimidatie', niet zijnde seksuele intimidatie, niet als zodanig in de wet genoemd wordt. Zoals reeds besproken in § 2.2.1 verplicht artikel 4 lid 2 Arbowet de werkgever om een beleid te voeren tegen seksuele intimidatie, agressie en geweld.²² In het artikel wordt niet gerept van pesten. Blijkens de Memorie van Toelichting²³ op de wijziging van de Arbowet in 1994, waarbij de bepaling inzake seksuele intimidatie, agressie en geweld voor het eerst in de Arbowet werd opgenomen, valt pesten evenwel onder het begrip 'agressie'. In eerste instantie, zo vermeldt de Memorie, wordt bij 'agressie en geweld'

21 Zie § 14.4.1 en § 14.5.1.

22 Zie voor de letterlijke tekst van dit artikel § 14.3.1.

23 *Wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet in verband met seksuele intimidatie en agressie en geweld*, TK 1992-1993, 23 326, nr. 3.

gedacht aan agressief of gewelddadig van derden zoals klanten, patiënten, publiek etc. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid merkt in de Memorie echter ook op dat onder dit begrip tevens agressie en geweld van werknemers jegens elkaar valt:

“Tenslotte kan gewezen worden op agressie en geweld tussen werknemers onderling dan wel tussen management en werknemer. Ligt bij agressie en geweld vanuit het publiek het zwaartepunt bij duidelijk te onderscheiden risicogroepen, bij agressie en geweld tussen werknemers onderling en tussen management en werknemer gaat het meer om een algemeen probleem.”²⁴

Verderop in de memorie geeft de minister nog aan dat de werkgever, evenals bij seksuele intimidatie, de verplichting heeft om beleid te voeren tegen agressie en geweld tussen werknemers onderling.²⁵ Agressie en geweld moeten ook niet alleen gezien worden als een aantasting van de fysieke, maar ook van de geestelijke gezondheid. Nogmaals de minister:

“De definitie van agressie en geweld omvat niet alleen fysiek geweld, maar ook psychisch geweld. Psychisch geweld, bijvoorbeeld in de vorm van bedreiging, komt zeer regelmatig voor en kan ernstige gevolgen hebben voor betrokken werknemers.”²⁶

Gesproken wordt over agressie en geweld als één begrip, omdat dit het gehele scala omvat van verbaal, psychisch geweld tot daadwerkelijke fysieke aantasting.²⁷

In de Arbowet 1998 wordt een definitie toegevoegd van ‘agressie en geweld’. Blijkens artikel 1 lid 3 sub f wordt hieronder verstaan:

“Voorvallen waarbij een werknemer psychisch of fysiek wordt lastig gevallen, bedreigd of aangevallen onder omstandigheden die rechtstreeks verband houden met het verrichten van arbeid.”

Deze definitie en de passages uit de Memorie van Toelichting op de Arbowet 1994 rechtvaardigen de conclusie dat de verplichting van artikel 4 lid 2 Arbowet om een beleid te voeren tegen seksuele intimidatie, agressie en geweld, mede omvat het voeren van een beleid tegen pesten/intimidatie door werknemers onderling of door het management. Er is derhalve een specifieke geschreven ver-

24 TK 1992-1993, 23 326, nr. 3, p. 10.

25 TK 1992-1993, 23 326, nr. 3, p. 17.

26 TK 1992-1993, 23 326, nr. 3, p. 18.

27 *Wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet in verband met seksuele intimidatie en agressie en geweld*, EK 1993-1994, 23 326, nr. 1, p. 1.

HOOFDSTUK 15

plichting tot het voorkomen en bestrijden van psychisch en fysiek letsel als gevolg van pesten/intimidatie.²⁸

Deze opvatting wordt ook gevolgd door de Arbeidsinspectie waar zij in haar interne instructie met betrekking tot agressie en geweld opmerkt dat onder het begrip agressie ook pesten valt als zijnde een vorm van interne agressie onder personeel.²⁹ De Arbeidsinspectie stelt vast dat er in de arboreggeving geen nadere regels worden gesteld ter concretisering van de verplichting van de werkgever om agressie en geweld te voorkomen en te bestrijden. In de instructie worden daarom aanwijzingen gegeven hoe en in welke gevallen een inspecteur in handhavende zin met deze problematiek moet omgaan. Deze aanwijzingen houden onder meer dat in dat nagegaan moet worden of de werkgever in de RI&E en het Plan van Aanpak voldoende aandacht besteedt aan pesten. Van een werkgever wordt in dit opzicht minimaal verlangd dat hij zorgt voor voldoende voorlichting en onderricht, voor de aanwezigheid van procedures voor opvang en begeleiding, en voor inventarisatie van de risico's in de RI&E en vermelding van daaruit voortvloeiende concrete maatregelen in het Plan van Aanpak.³⁰

15.3.3 *Zorgplicht werkgever naar Nederlands recht: pesten door de werkgever zelf*

In de rechtspraak is de verplichting van de werkgever om werknemers te beschermen tegen pesten nader geconcretiseerd. Opvallend daarbij is dat het in de meeste uitspraken de werkgever zelf is die zich aan het pesten bezondigt. Slechts enkele uitspraken hebben betrekking op de verplichting van de werkgever om pesten door zijn werknemers te voorkomen en te bestrijden. Deze uitspraken zullen verderop aan de orde komen. Begonnen wordt met een weergave van uitspraken waarin de verplichting van de werkgever om zich van pesten te onthouden aan de orde was.

Een eerste voorbeeld van een dergelijke uitspraak is het alweer wat oudere arrest van de Hoge Raad in de zaak Deuss uit 1989.³¹ In die zaak had een werkneemster, Deuss, ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht wegens een dringende reden, te weten stelselmatige verzuring van het arbeidsklimaat door de

28 Zie ook A. Geers, "Pesten", *OR-Informatie*, 17 juli 2002, p. 8.

29 Interne Instructie Arbeidsinspectie Agressie & geweld, vastgesteld op 10 mei 2001, te vinden op <http://www.arbeidsinspectie.nl/>, 27 september 2004.

30 De Arbeidsinspectie noemt nog een aantal andere verplichtingen, zoals de aanwezigheid van protocollen voor werkzaamheden met risico op agressie en geweld en het nemen, waar mogelijk en nodig, van materiële, bouwkundige en organisatorische maatregelen, doch deze verplichtingen lijken met name betrekking te hebben op geweld en agressie van derden (patiënten, klanten e.d.).

31 HR 1 december 1989, NJ 1990, 451 m.nt. PAS (Deuss/Motel Maatschappij Holland).

werkgever. Dit verzoek was toegewezen, echter zonder dat de rechter daarbij een ontbindingsvergoeding kon toekennen, aangezien op grond van een dringende reden was ontbonden. Daarom vorderde Deuss vervolgens schadevergoeding op grond van wanprestatie. Zij voerde daartoe aan dat de nieuwe manager bij de werkgever het beleid voerde om de reeds jaren in dienst zijnde vaste krachten, waaronder Deuss, door intimidatie, sterke verhoging van de werkdruk, plotsklapse organisatieveranderingen en onredelijke opdrachten, het leven zo zuur te maken dat zij zouden verdwijnen om plaats te maken voor veel jonger, gedweeër en vooral goedkoper personeel. Dit werd ook expliciet tegen de werknemers gezegd, waarbij zelfs enige malen met geweld werd bedreigd. Door dit beleid was Deuss ziek geworden.

In cassatie stond met name de vraag centraal of, na de eerdere ontbinding, nog schadevergoeding wegens wanprestatie kon worden toegewezen. De Hoge Raad oordeelde dat dit mogelijk was. Een werkgever die zijn werknemster een dringende reden voor ontslagname geeft, handelt, aldus de Hoge Raad, tevens in strijd met de eisen van goed werkgeverschap, en pleegt dus wanprestatie. Deze werkgever is gehouden om, naast de sancties voortvloeiend uit de ontbinding wegens dringende redenen, de schade te vergoeden die de werknemster lijdt door het verlies van haar dienstbetrekking. Omdat de omvang van deze schade naar het oordeel van de Hoge Raad moeilijk te schatten is, kan deze naar billijkheid worden vastgesteld.³²

Uit deze uitspraak blijkt, niet verbazend, dat een werkgever die een werknemer stelselmatig weg pest, in strijd handelt met de normen van het goed werkgeverschap en daarom de schade van die werknemer moet vergoeden.³³

In de lagere rechtspraak is door de kantonrechter Rotterdam in een uitspraak uit 2000 schadevergoeding toegekend aan een werknemer die arbeidsongeschikt was geworden als gevolg van intimidatie en bedreiging door zijn werkgever.³⁴ Het betrof een werknemer met een 29-jarig dienstverband die aan intimidatie kwam

32 Het feit dat de Hoge Raad een schadevergoeding naar billijkheid toekent, heeft waarschijnlijk te maken met het feit dat de zaak Deuss in essentie een ontslagzaak betrof. In principe is op een verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van art. 7:611 BW namelijk titel 10 van boek 6 BW van toepassing, hetgeen betekent dat de materiële schade volledig vergoed dient te worden en niet naar billijkheid vastgesteld. Zie § 3.9.5.

33 Twee maanden na Deuss heeft de Hoge Raad het arrest Schreuder – HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 499 – gewezen waarin aan een werknemer na een eerdere ontbindingsprocedure waarin reeds een vergoeding was toegekend, nog een schadevergoeding voor immateriële schade wegens wanprestatie werd toegekend in een bodemprocedure vanwege de wijze waarop hij gedurende de laatste maanden van zijn dienstverband was behandeld, met psychische arbeidsongeschiktheid tot gevolg. Omdat uit de uitspraak niet blijkt of daadwerkelijk van pesten sprake was, blijft deze hier verder buiten beschouwing.

34 Ktr. Rotterdam 28 september 2000, *JAR* 2000, 244.

HOOFDSTUK 15

bloot te staan nadat hij aanspraak had gemaakt op betaling conform de toepasselijke CAO. Een directielid van de werkgever zou, al dan niet in aanwezigheid van één of meer van zijn broers, de werknemer op enig moment hebben toegevoegd dat hij "zijn kop eraf zou halen". De werknemer is daarna naar huis gegaan. Door de huisarts is vastgesteld dat hij overspannen was. De werkgever heeft vervolgens geen pogingen ondernomen om tot reïntegratie van de werknemer te komen, maar heeft evenmin ontslag aangevraagd, kennelijk om te vermijden dat hij een vergoeding zou moeten betalen. De werknemer heeft daarop schadevergoeding wegens schending van het goed werkgeverschap gevorderd.

De kantonrechter is van oordeel dat de werkgever in strijd heeft gehandeld met zijn verplichting ex artikel 7:611 BW. De werkgever dient daarom de materiële schade van de werknemer te vergoeden. De kantonrechter wijst de vordering in dit opzicht, afgerond f 94.000,- toe. Voor zover de werkgever wil betogen dat de overspannenheid van de werknemer het gevolg is van een te gevoelige persoonlijkheid, wijst de kantonrechter dat verweer van de hand, op de grond dat een werkgever na een dienstverband van 29 jaar wordt verondersteld bekend te zijn met de persoonlijkheid van een werknemer en daarmee rekening te houden bij de wijze waarop hij hem bejegt.

Ook in deze zaak was sprake van wegpesten van de werknemer door de werkgever zelf en oordeelt de rechter dat de werkgever aldus in strijd heeft gehandeld met de norm van het goed werkgeverschap. Het beroep op predispositie mag niet baten, nu de werkgever van een eventuele predispositie op de hoogte had behoren te zijn na een dienstverband van 29 jaar.

Niet alleen in aansprakelijkheidsprocedures maar ook in ontslagzaken is door de rechter geoordeeld dat een werkgever zich dient te onthouden van het (weg)pesten van een werknemer. Een voorbeeld hiervan is de zaak waarin een werkgever trachtte om een werknemer die besmet was met het HIV-virus tot ontslag te bewegen. De betreffende werknemer was werkzaam in de bediening van het restaurant van zijn werkgever. Op enig moment viel hij uit wegens ziekte. Kort voordat hij het werk weer wilde hervatten, liet de werkgever hem weten ervan op de hoogte te zijn dat hij besmet was met het HIV-virus en gaf hij de werknemer te kennen dat hij als ondernemer het risico van AIDS in zijn restaurant niet kon accepteren. Indien de werknemer zich zou melden voor werkherhvatting, zo gaf de werkgever aan, zou hij ontslag voor hem aanvragen. De werkgever heeft vervolgens ook inderdaad een ontslagvergunning aangevraagd, maar deze aanvraag is afgewezen. Daarop heeft de werkgever de werknemer opgeroepen en heeft hij hem een rooster uitgereikt op grond waarvan hij voortaan werkzaam zou moeten zijn op uren dat het restaurant gesloten was. Verder werden aan de werknemer operatiekamer-handschoenen uitgereikt en moest hij in de spoelkeuken bestek gaan poetsen. Ter plekke was een videocamera op hem gericht. De werknemer heeft dit twee uur volgehouden en is daarna naar huis gegaan. Vervolgens heeft hij ontbinding gevraagd met toekenning van een vergoeding.

De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst en kent daarbij aan de werknemer een vergoeding toe omdat de handelwijze van de werkgever niet heeft gestrookt met hetgeen van een goed werkgever in vergelijkbare omstandigheden redelijkerwijs mocht worden verwacht. Toen de werkgever wist, of vermoedde, dat de werknemer was besmet met het AIDS-virus had hij, alvorens daaromtrent een standpunt in te nemen, als goed werkgever behoren na te gaan in hoeverre die besmetting op zichzelf beschouwd in de weg zou kunnen staan aan een voortzetting van het dienstverband. Gesteld noch gebleken is dat de werkgever dit heeft gedaan. Hij heeft integendeel direct naar ontslag gestreefd en heeft de werknemer vervolgens, toen de ontslaanvraag werd afgewezen, op onnodig grievende wijze behandeld. Aan de werknemer komt daarom een vergoeding voor inkomstenderving toe van f 5.551.23 (3,5 maand-salaris, is C=1) en, omdat de werknemer door de onzorgvuldige wijze waarop de werkgever hem tegemoet is getreden psychisch leed zal hebben ondervonden, met name door de onnodig grievende wijze waarop de werkgever hem het werk heeft laten hervatten, een vergoeding voor immateriële schade van f 10.000,- (netto).³⁵

Ook in een andere ontslagzaak had de werkgever op verschillende wijzen getracht om een werknemer weg te pesten. Deze werknemer was als werkvoorbereider bij de werkgever in dienst. Op een gegeven moment werd het bedrijf door een andere vennootschap overgenomen. Vervolgens vond een bijeenkomst plaats waarop het personeel werd ingelicht over de nieuwe situatie. De werknemer werd echter niet uitgenodigd voor deze bijeenkomst. Verder bleek steeds vaker dat werk buiten hem om werd gepland en dat materialen buiten hem om werden besteld. De werknemer heeft daarop een gesprek aangevraagd met de nieuwe directeur. Tijdens dat gesprek zou de directeur steeds hebben herhaald dat alles bij het oude bleef en zou hij de werknemer stevast hebben aangesproken als 'ouwe pik'. De werknemer is vervolgens op vakantie gegaan. Bij terugkeer vond hij een brief waarin stond dat het kantoor was verplaatst naar Amsterdam. De werknemer diende echter achter te blijven in Nigtevecht. Toen de werknemer zich meldde in Nigtevecht, bleek het kantoor volledig te zijn leeggehaald. De werknemer bleef daarop enige dagen thuis. Toen hij daarna weer aan het werk ging, bleken ook de gereedschappen te zijn weggehaald. Er was niets meer en zelfs de verwarming deed het niet meer. De werknemer raakte door deze gang van zaken zo van slag dat hij naar zijn huisarts is gegaan en niet meer op het werk is teruggekeerd.

In de daaropvolgende ontslagzaak constateert de kantonrechter dat de werkgever niet als een goed werkgever heeft gehandeld. Het gaat niet aan dat een werkgever zonder overleg met de betrokken werknemer de taakhoud van die werknemer verandert. De werknemer was aangesteld als werkvoorbereider, maar de werkgever degradeert hem tot werfbaas. Ook het verhuizen van het kantoor zonder de werknemer daarvan op de hoogte te stellen, kan niet als goed werkgeverschap worden aangemerkt. Het is niet onbegrijpelijk dat de werknemer daardoor van slag is geraakt. De arbeidsverhouding is hierdoor verstoord geraakt. Deze verstoring is voor het merendeel, zo niet uitsluitend, aan de werkgever te wijten, zodat de werknemer aanspraak kan maken op

35 Ktr. Utrecht 9 augustus 1993, *Prg* 1993, 3939.

HOOFDSTUK 15

een vergoeding. Afhankelijk van de – in een andere procedure vast te stellen lengte van het dienstverband, 8 of 23 jaar – bedraagt deze vergoeding f 45.250,- of f 127.250,-.³⁶

In beide uitspraken is het de werkgever zelf die de werknemer onder psychische druk heeft gezet, kennelijk met als doel om de werknemer ertoe te bewegen het dienstverband te beëindigen of daarmee in te stemmen. In de rechtspraak zijn hiervan wel meer voorbeelden te vinden.³⁷ Het pesten bestaat daarbij veelal uit een combinatie van degradatie, het aanbieden van niet-passend werk, mislukte ontslagpogingen etc. Deze gedragingen zijn, nu het hierbij steeds om gedragingen van de werkgever zelf gaat, sterk vergelijkbaar met de personeelsbeslissingen die in hoofdstuk 15 zullen worden besproken. Het verschil is dat bij pesten sprake is van een systematische campagne om een werknemer (weg) te pesten, terwijl dit bij de in het volgende hoofdstuk te bespreken personeelsbeslissingen in beginsel niet het geval is.

Niet in alle gevallen waarin een werknemer stelt dat een werkgever hem weg wil pesten, wordt dit door de rechter aannemelijk geacht. Zo achtte de rechtbank Zwolle het in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure niet aangetoond dat een werknemer ziek was geworden doordat hij racistisch was bejegend door een collega en door zijn werkgever was gedegradeerd naar een lagere functie, terwijl de collega werd bevorderd naar een hogere functie.³⁸ De oorzaak van het niet bevorderen van de werknemer lag naar het oordeel van de rechtbank veeleer in het veelvuldig ziekteverzuim van de werknemer, terwijl de werknemer voor het overige zijn verwijten te weinig had onderbouwd.³⁹

15.3.4 *Zorgplicht werkgever naar Nederlands recht: pesten door collega's en/of leidinggevenden*

In het Nederlandse recht zijn tot dusver weinig uitspraken gedaan⁴⁰ waarin aan een werknemer een vergoeding is toegekend omdat hij is gepest door zijn collega's en/of leidinggevende(n) en de werkgever te weinig heeft gedaan om dit te voorkomen of te doen stopzetten. Een uitspraak waarin een dergelijk oordeel wel is uitgesproken, is een uitspraak van de kantonrechter Zutphen uit 1991.⁴¹ De uit-

36 Ktr. Utrecht 18 juli 1995, *Prg* 1996, 4486.

37 Vgl. o.a. Ktr. Delft 30 november 1995, *Prg* 1996, 4479; Ktr. Breda 3 november 1997, *Prg* 1998, 5007.

38 Rb. Zwolle 29 september 1999, *JAR* 1999, 15.

39 De rechter kende niettemin aan de werknemer een vergoeding toe met toepassing van correctiefactor 0,6 vanwege de leeftijd van de werknemer, de lengte van zijn dienstverband, het feit dat hij steeds goed had gefunctioneerd en zijn weinig florissante perspectieven op de arbeidsmarkt,

40 Althans gepubliceerd.

41 Ktr. Zutphen 15 oktober 1991, *Prg* 1992, 3614.

spraak betreft een werknemer die gedurende een periode van 20 jaar gepest was wegens zijn homoseksuele geaardheid. Uiteindelijk raakte hij arbeidsongeschikt en vroeg hij ontbinding met toekenning van een vergoeding. De kantonrechter oordeelde als volgt:

“Op grond van al hetgeen naar voren is gebracht is aannemelijk geworden dat A gedurende een groot deel van zijn dienstverband bij R op- en aanmerkingen heeft ontvangen met betrekking tot zijn seksuele geaardheid, van collega's op de werkvloer en van een chef. Hij is ook door collega's gepest met betrekking tot zijn homofiele aard. (...) In of omstreeks 1985 heeft A onder meer over de bedoelde opmerkingen en pesterijen een twee uur durend gesprek gehad met het toenmalige hoofd personeelszaken. Deze vond het verstandiger A niet in bescherming te nemen. (...) Het verweer dat R niet op de hoogte was van problemen van A, wordt in zoverre niet aanvaard dat het hoofd personeelszaken daarvan in elk geval sedert omstreeks 1985 wist. De kantonrechter is er niet van overtuigd dat R geen invloed zou kunnen uitoefenen op de wijze waarop op de werkvloer door haar personeel wordt omgegaan met een homofiele werknemer. Minstgenomen kan door leidinggevende personen in de onderneming aan de chefs duidelijk gemaakt worden hoe de leiding denkt over de omgang met homofiele werknemers, wat zij van hetgeen zij vernomen heeft onwenselijk vindt en wat zij van de chefs verwacht. Uiteraard kan R niet al haar werknemers in de hand hebben. De kantonrechter is echter wel van mening dat R ter zake voormeld als werkgever niet datgene heeft ondernomen en trachten te verbeteren wat op haar weg als werkgever lag. De kantonrechter volgt R ook niet waar zij betoogt dat een scheiding aangebracht dient te worden tussen de relatie A-R en de relatie A-collega's en directe chefs. A is in dienst van R en R draagt dan ook als werkgever verantwoordelijkheid voor de sfeer op de plek waar A werkt.”

De kantonrechter overweegt vervolgens dat de verstoring van de arbeidsrelatie hoofdzakelijk aan de werkgever is te wijten en kent daarom aan de werknemer een vergoeding voor materiële schade toe van f 25.000,- en een vergoeding voor immateriële schade van f 10.000,-.⁴²

In deze uitspraak wordt expliciet ingegaan op de vraag in hoeverre een werkgever, naast de verplichting die hij heeft om zichzelf als werkgever te onthouden van pesten, gehouden is om maatregelen te nemen om pesten door zijn ondergeschikten tegen te gaan. De rechter oordeelt in dit opzicht dat een werkgever minimaal duidelijk dient te maken hoe hij denkt over de omgang met homofiele werknemers, wat hij onwenselijk vindt van gedragingen die hem ter ore zijn gekomen en welke maatregelen de direct leidinggevenden in dit opzicht moeten ondernemen. Meer in het algemeen merkt de rechter op dat een werkgever ver-

42 Gevraagd was circa f 65.000,- voor materiële schade en f 30.000,- voor immateriële schade. Naar de maatstaven van de kantonrechttersformule is de toegekende vergoeding bescheiden, gelet op het feit dat de werknemer 22 jaar in dienst was geweest en bijna 55 jaar oud was. De kantonrechttersformule is echter eerst door de kring van kantonrechtters vastgelegd in 1996.

HOOFDSTUK 15

antwoordelijk is voor de sfeer op de werkplek. Daaruit kan afgeleid worden dat de rechter van oordeel is dat de werkgever moet zorgen dat die sfeer zodanig is dat een werknemer, ongehinderd door intimidatie, zijn werkzaamheden kan vervullen.⁴³

Onder het huidige recht zou een werknemer in een zaak als deze een beroep kunnen doen op het verbod op discriminatie wegens seksuele gerichtheid. In 1991, het jaar waarin deze zaak werd gewezen, was een dergelijk verbod nog niet van kracht.⁴⁴ De uitspraak heeft daarom ook een bredere betekenis in die zin dat hij laat zien dat een werkgever dient op te treden tegen het pesten van een werknemer waarvan hij op de hoogte is, of de reden hiervan nu diens homoseksuele geaardheid of een andere reden is.

In het ambtenarenrecht zijn twee uitspraken te vinden waarin is geoordeeld dat een werkgever maatregelen had moeten nemen om pesten door lagere leidinggevenden te doen stoppen. In beide uitspraken ging het om de toekenning van rechtspositionele voorzieningen op de grond dat sprake was van een psychische beroepsziekte, en dus formeel gesproken om toekenning van een vergoeding op no-fault basis.⁴⁵ In beide gevallen kwam de zorgplicht van de werkgever echter nadrukkelijk aan de orde.

In de eerste van deze zaken oordeelde de CRvB dat sprake was van excessieve en abnormale werkomstandigheden in een geval waarin een ambtenaar, in de woorden van de CRvB, door zijn chef "meedogenloos op een zijspoor was gerangereerd."⁴⁶ De ambtenaar was sinds 1 juni 1985 als stafmedewerker in dienst bij de Universiteit Utrecht. In december 1988 werd hij op medische gronden afgekeurd voor zijn werk en voor 80% of meer algemeen invalide en niet herplaatsbaar verklaard. Vervolgens verzocht hij om de toekenning van rechtspositionele voorzieningen. In dat verband voerde hij aan dat hij door het nieuwe afdelingshoofd, dat medio 1986 in dienst was gekomen, systematisch was uitgerangereerd, dit ondanks het feit dat hij bij herhaling kenbaar had gemaakt, ook tegenover hogere leidinggevenden, dat de behandeling door het afdelingshoofd tot grote problemen aanleiding gaf en hij nadrukkelijk, ook via zijn huisarts, had verzocht om passende maatregelen te nemen ter verbetering van zijn werkomstandigheden.

De CRvB is, anders dan de rechter in eerste aanleg, van mening dat sprake is geweest van excessieve of abnormale werkomstandigheden. Er is sprake, aldus de CRvB, van een nogal onthutsend beeld van hetgeen met betrekking tot de ambtenaar heeft plaatsgevonden. De CRvB noemt: het ontnemen aan de ambtenaar van steeds meer taken, bevoegdheden en lopende projecten, de poging tot opzegging van zijn lidmaatschap-

43 In dezelfde zin G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Reeks VvA 29, Deventer 1999, p. 47

44 De Algemene wet gelijke behandeling waarin dit verbod is opgenomen, is op 1 september 1994 in werking getreden. Zie *Stb.* 1994, 230.

45 Zie verder § 15.6.2.

46 CRvB 9 mei 1994, *TAR* 1994, 151.

pen van beroepsorganisaties, het schrappen van personalia van de ambtenaar uit de personeelsgids, het verwijderen van zijn postvak, het wijzigen van de adressering van aan de ambtenaar gerichte brieven, het niet doorverbinden van telefoongesprekken, het achterhouden van voor de ambtenaar bestemde post, het gedwongen detacheren van de ambtenaar bij de afdeling Botanische Tuinen met plaatsing in een werkkamer op een nagenoeg lege verdieping ver verwijderd van andere medewerkers, het aanvankelijk in het geheel niet mogen bijwonen van voor zijn taak aldaar relevante vergaderingen en het nadien alleen mogen bijwonen van die vergaderingen na de belofte zijn mond te zullen houden, en tenslotte het op oudejaarsavond in een per dienstauto bezorgde brief ontzeggen van de toegang tot de universiteitsgebouwen. In de woorden van de CRvB:

“De Raad heeft op grond van het vorenstaande tot geen andere conclusie kunnen komen dan dat het toenmalige hoofd van de afdeling UTU eiser stelselmatig op meedogenloze wijze op een zijspoor heeft gerangeerd en dat de UU ondanks dringende verzoeken niets heeft gedaan daarin verbetering te brengen. Op een gang van zaken als deze past naar Raad's oordeel (...) de kwalificatie van abnormale en excessieve factoren (...).” Verder staat vast, aldus de CRvB, dat het ziekteverzuim van de ambtenaar overwegend zo niet geheel zijn oorzaak vond in de wijze waarop hij vanaf medio 1986 is behandeld.

Deze zaak is een schoolvoorbeeld van het begrip pesten, zoals dat ook door de Duitse rechter wordt gehanteerd. Er is sprake van langdurig ($2\frac{1}{2}$ jaar) en systematisch pesten van een werknemer, waarbij de ernst van het pesten in de loop der tijd toeneemt met als uiteindelijke climax dat de werknemer geheel niet meer op het werkterrein mag komen. De reden voor het pesten is niet duidelijk, maar heeft kennelijk te maken met eigen belangen van het afdelingshoofd. Uit de uitspraak blijkt duidelijk dat de CRvB van mening is dat niet alleen het afdelingshoofd maar ook de werkgever ernstig is tekortgeschoten in zijn verplichtingen. De werkgever, de Universiteit Utrecht, was van het pesten op de hoogte doordat de ambtenaar herhaaldelijk, ook via zijn huisarts, heeft aangegeven dat hij problemen ondervond door de behandeling van zijn afdelingshoofd en heeft verzocht om het nemen van maatregelen. De werkgever heeft echter geen actie ondernomen. Daardoor is hij tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen.

In een andere ambtenarenzaak waarin eveneens sprake was van pesten kwam de CRvB tot een soortgelijk oordeel.⁴⁷ In die zaak had een ambtenaar, bureauhoofd bij de Afdeling Beproevingen Materiaal bij Defensie, zich ziek gemeld wegens depressieve klachten. Vervolgens had hij aanspraak gemaakt op rechtspositionele voorzieningen omdat hij, naar zijn zeggen, ziek was geworden door het optreden van zijn chef J. De ambtenaar legde een rapport over van een onderzoekscommissie die de problemen rondom J. had onderzocht. In dit rapport, waarvoor 39 mensen waren geïnterviewd, stond aangegeven dat J. met het in het bijzijn van anderen op een onheuse en onbehoorlijke manier leveren van ongenueanceerd com-

47 CRvB 26 mei 2004, TAR 2005, 19.

HOOFDSTUK 15

mentaar op zijn ondergeschikten, het gebruik van verbaal geweld en zijn onvoorspelbaarheid “een sfeer van angst en intimidatie” creëerde, in het bijzonder onder de zeven direct aan hem ondergeschikte bureauhoofden, waaronder de ziek geworden ambtenaar. Dit had, volgens het rapport, tot gevolg dat een groot aantal medewerkers bang was voor J., zodat ze hem niet van repliek durfden te dienen, temeer daar gebleken was dat er van hogerhand geen stappen werden ondernomen om het gedrag van J. te corrigeren, dit ondanks het feit dat de effecten van het gedrag al een aantal jaren bekend moesten zijn geweest. De CRvB leidt hieruit en uit het verhandelde ter zitting af dat de ambtenaar:

“niet alleen jarenlang op de hiervoor omschreven, naar het oordeel van de Raad als dominant en agressief aan te merken wijze door J. (werd) bejegend, maar (...) zich daarenboven, gezien zijn functie als hoofd Bureau [naam bureau] – een kleine ondersteunende afdeling waar onder andere promotiefilms werden gemaakt – in een sterk van J. afhankelijke positie (bevond). Om zijn werkzaamheden naar behoren te kunnen verrichten diende appellant juist van J., zijn direct leidinggevende, toestemming en medewerking te verkrijgen voor de aanschaf van nieuwe of vervangende bedrijfsmiddelen en voor het volgen van opleidingen gericht op het gebruik van nieuwe technologie op audiovisueel gebied.

Uit de stukken komt genoegzaam naar voren dat appellant bij het verrichten van zijn werkzaamheden van J. niet alleen geen steun en medewerking ontving, maar vaak zelfs (bewust) werd tegengewerkt. Zo heeft appellant onweersproken naar voren gebracht dat hij van J. tegenstrijdige opdrachten verstrekt kreeg met als gevolg dat het voltooien van die opdrachten voor appellant zo niet onmogelijk werd dan toch wel een grote extra inspanning vergde. Evenmin is betwist de stelling van appellant dat J. hem verbod vervangende (video)apparatuur aan te schaffen en zich te verdiepen in nieuwe ontwikkelingen op audiovisueel gebied, terwijl deze ontwikkelingen juist voor het naar behoren verrichten van de werkzaamheden van het Bureau Audio Visuele Technieken uiterst belangrijk waren.”

De CRvB merkt deze situatie aan als excessief en abnormaal en stelt daarnaast vast dat de psychiater bij wie de ambtenaar onder behandeling is, heeft aangegeven dat de depressieve klachten van de ambtenaar het gevolg zijn van de arbeidsconflicten. Tevens laat de CRvB doorschemeren, zowel door zijn verwijzing naar het onderzoeksrapport, waarin expliciet is vermeld dat de werkgever pas na een reeks van jaren tegen J. is opgetreden, als bij bespreking van de aansprakelijkheid van de werkgever op grond van artikel 6:170 BW,⁴⁸ dat het de werkgever valt te verwijten dat J. jarenlang ongestoord zijn gang heeft kunnen gaan, dit terwijl het effect van zijn gedrag op de medewerkers reeds geruime tijd bekend was.

15.3.5 *Zorgplicht werkgever naar Engels recht*

Het Engelse recht kent geen specifieke geschreven verplichting om pesten op de werkplek te voorkomen en de gevolgen ervan te bestrijden. Een dergelijke ver-

48 Zie daarover § 15.5.2.

plichting bestaat alleen ten aanzien van pesten dat tevens een verboden discriminatie inhoudt, dat wil zeggen pesten vanwege sekse, etnische afkomst etc.⁴⁹ In de rechtspraak zijn wel enkele uitspraken te vinden waaruit valt af te leiden dat een werkgever op grond van de *common law* gehouden is om maatregelen te nemen ter voorkoming of bestrijding van pesten in die situaties waarin het voorzienbaar is dat een werknemer door het pesten ziek zal worden. De belangrijkste uitspraak is hier, evenals ten aanzien van seksuele intimidatie,⁵⁰ de uitspraak van het *House of Lords* in *Waters v Commissioner of Police of the Metropolis*.⁵¹ Daarin heeft het *House of Lords* namelijk aangegeven dat een werkgever verplicht is om fysiek of psychisch letsel van een werknemer door intimidatie of victimisatie op het werk te voorkomen indien hij weet of behoort te weten dat de intimidatie plaatsvindt, maar niettemin geen maatregelen neemt. Tot intimidatie in deze zin behoort, naar ik aanneem, ook pesten op het werk.⁵²

In een uitspraak van een lagere rechter, het *High Court Winchester*, is aan een werknemer een schadevergoeding van £ 327.710,- toegekend, waarvan £ 20.000,- voor *pain and suffering*, vanwege psychische ziekte als gevolg van pesten door zijn leidinggevende. In deze zaak, *Long v Mercury Mobile Communications Services*,⁵³ werd op de derde dag van de rechtszitting aansprakelijkheid erkend door de werkgever. De rechter hoefde zich daarom niet uit te spreken over de aansprakelijkheid, maar alleen over het aan schadevergoeding te betalen bedrag.

Werknemer Long, 47 jaar ten tijde van de rechtszaak en door de rechter omschreven als een *high flier*, trad in 1991 bij de werkgever in dienst als *Procurement Manager*. Na een succesvol eerste dienstjaar vroeg één van de directeurs hem om een onderzoek in te stellen naar moeilijkheden die werden ondervonden in het warenhuis van de werkgever in Leeds. In zijn onderzoeksrapport uitte Long kritiek op de manier waarop het warenhuis werd geleid door manager Stone. Deze Stone was ook de direct leidinggevende van Long. De bedoeling was dat het rapport vertrouwelijk zou zijn. Stone werd echter ingelicht over de inhoud van het rapport en over de schrijver ervan. Vervolgens startte deze Stone, in de woorden van de rechter, een 'vendetta' tegen Long. Long werd gedurende een periode van drie maanden openlijk uitgescholden en valselijk

49 Zie § 14.3.1. Door sommige juristen wordt wel betoogd dat in geval van pesten op de werkplek een beroep op de *Protection from Harassment Act 1997* mogelijk is. Deze wet biedt rechters de mogelijkheid om schadevergoeding toe te kennen voor *anxiety* en *financial loss* als gevolg van de intimidatie. De wet heeft echter primair betrekking op *stalking* als strafrechtelijke overtreding en niet (zozeer) op pesten op de werkplek.

50 Zie § 14.4.3.

51 [2000] I.C.R. 1064 (House of Lords).

52 Zie verder § 14.4.3.

53 Te vinden op <http://www.bullyonline.org/media/nr16.htm>, 24 juni 2004. Op de website <http://www.bullyonline.org> is veel informatie te vinden over *bullying*, waaronder informatie over ongepubliceerde rechtspraak en over schikkingen.

HOOFDSTUK 15

beschuldigd. Daardoor werd zijn positie ten opzichte van de rest van het personeel en de leveranciers volledig ondermijnd. Long klaagde hierover tegen de superieuren van Stone, maar deze ondernamen geen actie. Uiteindelijk werd Long door Stone geschorst op de grond dat hij vertrouwelijke informatie gelekt zou hebben. Deze klacht werd door de werkgever van de hand gewezen, maar Long werd uit zijn functie ontheven en mocht niet langer contacten met leveranciers onderhouden. Tenslotte werd Long in 1994 wegens reorganisatie ontslagen. Als gevolg van de handelwijze van Stone ontwikkelde Long een aanpassingsstoornis, een angststoornis en ondervond hij problemen in persoonlijke relaties. Zijn huwelijk liep op de klippen en hij ondervond blijvende problemen met het opbouwen van een nieuwe werkkring.

Het pesten vond in deze zaak plaats door de direct leidinggevende van de werknemer. De werkgever was echter, door klachten van de werknemer, van het pesten op de hoogte. Dit leidde echter niet tot ingrijpen door de werkgever. Zoals gezegd, geeft de rechter in deze zaak geen (formeel) oordeel over de aansprakelijkheid als zodanig. Wel valt tussen de regels door te lezen dat de rechter van mening is dat de werkgever een verwijt treft van de ziekte van Long. Niet alleen omschrijft de rechter de handelwijze van Stone als een 'vendetta', maar ook wijst de rechter erop dat de wijze waarop de werkgever heeft gereageerd op de door Stone geuite beschuldigingen voor Long zeer vernederend was en dat Long bovendien nimmer volledig is gerehabiliteerd, ook niet na het vertrek van Stone. In procedures inzake *unfair dismissal* is eveneens aangenomen dat een werkgever psychische ziekte door pesten dient te voorkomen en tevens, anders dan tot dusver in de *common law*, dat een werkgever pesten als zodanig moet tegengaan. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak in *Wigan Borough Council v Davies*.⁵⁴ Daarin oordeelde het *Employment Appeal Tribunal* dat een werkgever zijn contractuele verplichtingen jegens een werkneemster niet was nagekomen doordat hij haar niet had ondersteund toen zij werd geboycot door haar collega's, dit in strijd met eerder gedane toezeggingen ter zake. De betreffende werkneemster, junior manager bij een bejaardentehuis (*Golborne House*), had in het verleden de beheerder van het bejaardentehuis gesteund bij een conflict dat deze had met de bejaardenverzorgenden aldaar. De werkgever had vervolgens, nadat dit conflict was opgelost, besloten om de werkneemster over te plaatsen omdat bij de bejaardenverzorgenden nogal wat animositeit jegens haar was ontstaan. Er bleek echter geen andere werkplek voorhanden die ook gelet op de thuissituatie van de werkneemster passend was, zodat zij werd teruggeplaatst in *Golborne House*. Eén en ander leidde al snel tot problemen. De bejaardenverzorgenden weigerden om met de werkneemster te spreken, dwarsboomden haar in haar werk en wilden op geen enkele wijze met haar samenwerken. De werkgever was van deze situatie op de hoogte, maar nam, in strijd met eerder gedane toezeggingen, geen maatregelen om de situatie te verbeteren. Uiteindelijk nam de werkneemster daarom ontslag en maakte aanspraak op een vergoeding.

54 [1979] I.C.R. 411 (Employment Appeal Tribunal).

Het *Industrial Tribunal* oordeelde dat de werkgever verwijtbaar had gehandeld. De werkgever had expliciet, voordat de werknemster werd teruggeplaatst in *Golborne House*, toegezegd om haar te helpen bij eventuele problemen die werden verwacht met de bejaardenverzorgenden aldaar, maar was deze toezegging niet nagekomen. Het ontslag van de werknemster was daarom *unfair*. In hoger beroep stelde de werkgever dat er niets was wat hij had kunnen of moeten doen om de werknemster te ondersteunen. Het *Employment Appeal Tribunal* verwierp dit verweer. Uit de stukken blijkt, aldus het *Employment Appeal Tribunal*, dat het enige wat van de zijde van de werkgever is gedaan, is dat de beheerder van *Golborne House* op enig moment heeft getracht om een gesprek op gang te brengen tussen de werknemster en haar collega's. Deze poging was echter zo onbetekenend en had ook zo weinig succes, dat dit niet de conclusie rechtvaardigt dat de werkgever wel maatregelen heeft genomen. Nu de werkgever voor het overige niets heeft gedaan, moet de conclusie luiden dat hij is tekortgeschoten in zijn verplichtingen jegens de werknemster. De werknemster valt niet te verwijten dat zij ontslag heeft genomen, nu de situatie voor haar ondraaglijk was geworden.

De werkgever had, zo blijkt uit de uitspraak, verdergaande maatregelen moeten nemen dan een futiele poging om een gesprek op gang te brengen. Van de werkgever had bijvoorbeeld verwacht mogen worden dat hij de collega's die zich het ernstigste misdroegen tot de orde had geroepen, en hen, indien nodig, naar andere vestigingen had overgeplaatst. Door dit niet te doen, was de werkgever tekortgeschoten in zijn verplichtingen jegens de werknemster, ook al was zij hierdoor niet psychisch ziek geworden.

In de zaak *Dunnachie v Kingston Upon Hill City Council*⁵⁵ oordeelde het *Court of Appeal* dat aan werknemer Dunnachie in een procedure inzake *unfair dismissal* een vergoeding toekwam wegens *injury to feelings* vanwege het psychisch leed, de wanhoop en aantasting van zijn zelfrespect, die hij had ondervonden door een campagne van pesten en intimidatie door zijn direct leidinggevende in combinatie met de weigering door het management van de werkgever om het pesten te stoppen. Het *Court of Appeal* overwoog in dit opzicht als volgt:

"This was a bad case of workplace bullying, compounded by an equally serious refusal by management to deal with it. The blow to a conscientious employee's self-esteem which such treatment delivers may well be the unkindest cut of all, worse in many ways than the monetary loss. There was no professional evidence that the distress and its effects had amounted to a recognised psychiatric condition but Mr. Dunnachie had been reduced by his treatment to a state of overt despair."

Door het *House of Lords* werd deze uitspraak vernietigd omdat de Lords oordeelden dat het niet mogelijk is om in een procedure inzake *unfair dismissal* een vergoeding toe te kennen voor *injury to feelings*.⁵⁶ Aan Dunnachie had wel een vergoeding voor materiële schade toegekend kunnen worden wegens *unfair dismissal*.

55 [2004] EWCA Civ 84.

56 [2004] UKHL 36. Zie verder § 7.6.2.

HOOFDSTUK 15

sal, als van dergelijke schade sprake was geweest. Dit was echter niet het geval omdat hij aansluitend aan zijn ontslagname elders werk had gevonden. Los van deze schadeaspecten blijkt uit de uitspraken van zowel het *Industrial Tribunal* als, in hoger beroep, het *Employment Appeal Tribunal* en het *Court of Appeal*, dat van een werkgever verwacht wordt dat hij maatregelen neemt om pesten te doen stoppen op het moment dat het hem bekend wordt dat hiervan sprake is. In die zin blijft de uitspraak in *Dunnachie* relevant, al is dan uiteindelijk geen schadevergoeding toegekend. De verplichting om in te grijpen als er gepest wordt, geldt in het ontslagrecht bovendien ook indien niet voorzienbaar is dat een werknemer door het pesten psychisch ziek zal worden. Reden daarvoor is uiteraard dat de vergoeding wordt toegekend voor het verlies van het dienstverband en de daardoor ontstane schade en niet ter vergoeding van de gevolgen van arbeidsongeschiktheid.

15.3.6 Zorgplicht werkgever naar Duits recht: algemene verplichtingen

Het Duitse recht kent geen wettelijke verplichting die specifiek is gericht op het voorkomen en bestrijden van *Mobbing*. Wel zijn er een aantal verplichtingen waarvan door de wetgever, door de rechter en in de literatuur wordt aangenomen dat deze mede strekken tot bescherming tegen pesten.⁵⁷ Hiertoe behoort in de eerste plaats § 75 II van het *Betriebsverfassungsgesetz*. Daarin is bepaald dat de werkgever⁵⁸ de vrije ontwikkeling van de werknemers in het bedrijf moet beschermen en bevorderen. Voorts wordt gewezen op de artikelen 3, 4 en 5 van het *Arbeitsschutzgesetz*, dat weer berust op § 617 tot en met § 619 BGB. Uit deze artikelen volgt dat de werkgever de werknemer dient te beschermen tegen gevaren voor zijn leven en aantasting van zijn gezondheid. Op deze artikelen kan een beroep worden gedaan in die gevallen waarin kan worden aangenomen dat de werkgever wist of had moeten weten dat de werknemer gezondheidsschade zou lijden als gevolg van het pesten op de werkplek.⁵⁹ Tot slot wordt stevast gewe-

57 Zie onder andere de brochure van het Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, *Mobbing am Arbeitsplatz*, <http://www.bmwa.de/Navigation/Arbeit/Arbeitsrecht/mobbing.html>, 26 juni 2004. Zie verder LAG Thüringen 10.4.2001, NZA-RR 2001, 347 en DB 2001, 1204; LAG Thüringen 15.2.2001, NZA-RR 2001, 577 en DB 2001, 1783; LAG Rheinland-Pfalz 16.8.2001, NZA-RR 2002, 121; AG Dresden 9.7.2003 – 5 Ca 5954/02; P. Wickler, "Wertorientierungen in Unternehmen und gerichtlicher Mobbingenschutz", *Der Betrieb* 2002, p. 477-484; W. Däubler, "Mobbing und Arbeitsrecht", *Betriebs-Berater* 1995, p. 1347-1351; C. Färber, M. Resch, H. Werner, "...noch nicht zu spät... Psychosoziale Belastungen in Arbeitsleben am Beispiel Mobbing", Hamburg 1993; R. Haller und U. Koch, "Mobbing – Rechtsschutz im Krieg am Arbeitsplatz", NZA 1995, p. 356-360.

58 Ook de *Betriebsrat* dient dit te doen.

59 Zie ook Spamer, diss. 2000, p. 142-143.

zen op de algemene *Fürsorgepflicht* van de werkgever, waarop een beroep kan worden gedaan als geen meer specifieke verplichtingen van toepassing zijn. De *Fürsorgepflicht* brengt voor de werkgever de verplichting mee om de werknemer te beschermen tegen pesten op het werk. Deze zelfde verplichting vloeit daarnaast ook voort uit de verplichting van de werkgever om het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer te beschermen.

15.3.7 *Zorgplicht werkgever naar Duits recht: verplichtingen in het concrete geval*

In twee uitspraken van begin 2001 heeft het *Landesarbeitsgericht Thüringen* (LAG Thüringen) geoordeeld dat een werkgever aansprakelijk kan zijn voor (de gevolgen van) pesten van een werknemer.⁶⁰ Het kan daarbij zowel gaan om pesten door de werkgever zelf als om pesten door collega's en/of chefs van de betreffende werknemer. Het LAG heeft in deze uitspraken pesten aangemerkt als een aantasting van het persoonlijkheidsrecht van de werknemer en tevens als een schending van de *Fürsorgepflicht* door de werkgever. Een werkgever is, aldus het LAG, op grond van deze verplichtingen gehouden om een werknemer een '*menschengerechten Arbeitsplatz*' te geven. Dat betekent dat hij zich zelf niet aan pesten dient te bezondigen én dat hij maatregelen moet nemen om ervoor te zorgen dat werknemers niet door anderen, in het bijzonder chefs en collega's, worden gepest.

De eerste uitspraak van het LAG Thüringen van 15 februari 2001 had betrekking op het ontslag van een leidinggevende in een supermarkt die een ondergeschikte gedurende een langere periode op grove wijze had uitgescholden en geïntimideerd, hem niet de mogelijkheid had gegund om normaal pauze te nemen en hem het roken had verboden.⁶¹ Op een gegeven moment had de ondergeschikte door deze gebeurtenissen een zelfmoordpoging gedaan. Toen hij weer hersteld was en het werk hervatte, had de leidinggevende de intimidatie op dezelfde wijze voortgezet. Daarop was de leidinggevende door zijn werkgever ontslagen. Het LAG Thüringen oordeelde dat dit ontslag terecht was gegeven omdat een

60 LAG Thüringen 15.2.2001, NZA-RR 2001, 577 en DB 2001, 1783; LAG Thüringen 10.4.2001, NZA-RR 2001, 347 en DB 2001, 1204.

61 Veel Duitse rechtspraak over pesten heeft, evenals dat het geval was bij intimidatie op grond van sekse en/of ras, betrekking op ontslag of disciplinaire maatregelen tegen de pleger van het pesten. Kennelijk is het uitgangspunt in het Duitse recht veeleer dat een werkgever maatregelen neemt tegen intimidatie, van welke soort dan ook, dan dat een werknemer zijn werkgever aansprakelijk stelt wegens schade als gevolg van intimidatie. Redenen hiervoor kunnen gelegen zijn in de te betalen proceskosten bij verlies en in het feit dat veel ondernemingen interne klachten/geschillenregelingen kennen ten aanzien van pesten, seksuele intimidatie enz. Zie hierover Friedman and Whitman, *Columbia Journal of European Law*, Spring 2003, p. 246, noot 18.

HOOFDSTUK 15

werkgever zijn werknemers dient te beschermen tegen handelingen zoals gepleegd door deze leidinggevende.

De tweede uitspraak van het *LAG Thüringen* had geen betrekking op pesten door een leidinggevende of collega, maar op pesten door de werkgever zelf.⁶² De zaak betrof een werknemer die jarenlang voorbeeldig had gefunctioneerd als leidinggevende met 80 werknemers onder zich. Op een gegeven moment werd hij echter uit zijn functie ontheven, naar aanleiding van anonieme klachten. Hem werd een beëindigingsovereenkomst voorgelegd, die hij weigerde te tekenen. Daarop droeg zijn werkgever hem taken op die ver (zes salarisoniveaus) onder het niveau van zijn vorige functie lagen en die bovendien vrijwel zinloos waren. Verder werden aan de werknemer steeds schriftelijke waarschuwingen uitgereikt over nogal gezochte voorvallen en werd hij meerdere keren op gesprek geroepen bij personeelszaken. Uiteindelijk deelde zijn werkgever hem mee het dienstverband op te zullen zeggen ten aanzien van de oude functie en de werknemer te zullen plaatsen in een veel lagere functie. Tot die tijd zou hij op weer een andere afdeling eenvoudig werk moeten verrichten. Op dat moment wendde de werknemer zich tot de rechter en vorderde hij het treffen van een voorlopige voorziening strekkende tot veroordeling van zijn werkgever om hem in een passende functie te werk te stellen (tegen de opzegging startte hij ook een procedure, doch die blijft hier buiten beschouwing). Deze vordering werd zowel door het *Arbeitsgericht* als in hoger beroep door het *Landesarbeitsgericht* toegewezen.

Het *Landesarbeitsgericht* oordeelt dat een handelwijze zoals van deze werkgever een aantasting van het persoonlijkheidsrecht van de werknemer vormt en tevens een schending van de *Fürsorgepflicht* door de werkgever. Een werkgever is niet alleen verplicht om zich te onthouden van inbreuken op het persoonlijkheidsrecht van de werknemer, maar dient deze ook te beschermen tegen inbreuken door derden, waaronder collega's. Ook moet hij hem een passende (*menschengerechten*) werkplek bieden. Van een inbreuk op het persoonlijkheidsrecht is sprake als het ontheffen uit een functie en toewijzing van een andere functie een gerechtvaardigde grondslag ontbeert en alleen plaatsvindt om de werknemer zodanig te ontmoedigen dat hij zelf ontslag neemt. De degradatie van de werknemer (zes salarisgroepen lager) vormt een dergelijke inbreuk omdat hieraan geen belang van de werkgever dat bescherming verdient ten grondslag ligt. Het feit dat de degradatie maar voor korte tijd is, doet daar niet aan af. De werkgever heeft systematisch de menselijke waarde van de werknemer geschaad door de minachtende en het persoonlijkheidsrecht aantastende behandeling waaraan hij hem onderworpen heeft. Op zichzelf bezien zouden de handelingen wellicht niet ontoelaatbaar zijn, maar in zijn geheel gezien is dit wel het geval. Pesten is in zijn algemeenheid mede ontoelaatbaar, zo overweegt het *LAG* verder, vanwege het lichamelijke én geestelijke letsel dat veelal het gevolg ervan is, waaronder slapeloosheid, uitputting, psychosomatische klachten, traumatische angsten en soms zelfs (pogingen tot) zelfmoord. Ook in onderhavig geval is het niet verwonderlijk, aldus het *LAG*, dat de gedragingen van de werkgever bij de werknemer tot psychische ziekte teweeg hebben gebracht.

62 LAG Thüringen 10.4.2001, NZA-RR 2001, 347 en DB 2001, 1204.

Het LAG overwoog ten overvloede dat, hoewel dat in dit geval niet aan de orde was, ook een vordering tot schadevergoeding wegens *Mobbing* in een zaak als de onderhavige toewijsbaar zou zijn geweest.

Een dergelijke vordering tot schadevergoeding werd toegewezen in een uitspraak van het *Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz*.⁶³ Het ging in die zaak om een werknemer die al zeer lang in dienst was, maar na een fusie te maken kreeg met een tegen hem gerichte campagne van zijn direct leidinggevende waarbij hij werd gedegradeerd, zijn secretaresse bij hem werd weggehaald, hij onmogelijke en diframerende opdrachten kreeg, en uiteindelijk te horen kreeg dat hij een gevaar was voor het bedrijf en dat deskundigen zouden worden ingeschakeld om zijn werk te controleren. De werknemer meldde zich daarop ziek en vorderde in rechte veroordeling van zijn werkgever tot betaling van schadevergoeding vanwege *Mobbing*.⁶⁴ Het *Arbeitsgericht* wees de vordering toe en veroordeelde de werkgever tot betaling van DM 51.900,-. Deze ging vervolgens in hoger beroep.

Het LAG Rheinland-Pfalz overweegt dat de werkgever en de leidinggevende door de jaren heen in strijd hebben gehandeld met de afspraken die zij met de werknemer hebben gemaakt. De arbeidsomgeving van werknemer is planmatig en permanent uitgehouden. Met de verschillende aanwijzingen met betrekking tot nieuwe taken of arbeidsinhoud zijn de grenzen opgezocht van wat nog redelijk was jegens de werknemer. Vast staat dat de leidinggevende niet het gesprek met de werknemer heeft gezocht, maar hem enkel door eenzijdige aanwijzingen nieuwe opdrachten heeft gegeven. Bovendien heeft de werkgever het telkens op procedures aan laten komen. Het weghalen van de secretaresse is niet in overleg met werknemer geschied. De werkgever heeft de werknemer door hem maandenlang niet te werk te stellen uit het bedrijf willen dringen. De eis dat de werknemer tijd moest schrijven in halve uren en deze overzichten bij de secretaresse van de leidinggevende moest inleveren, geeft aan hoe weinig invoelingsvermogen er ten opzichte van werknemer was. Hetzelfde geldt voor de opdracht om permanent medewerkers te gaan scholen en dit te laten opnemen op video. Kennelijk wilde de werkgever fouten van de werknemer laten vastleggen. Tot slot heeft de werkgever de werknemer ten onrechte een werkplek in de hal toegewezen, waardoor ook de klanten zijn degradatie konden zien.

Het LAG oordeelt vervolgens dat de werkgever en de leidinggevende hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door de werknemer geleden schade. Het LAG vindt het toegekende smartengeld ad DM 51.900,- echter een te hoog bedrag en matigt dit tot DM 15.000,-. Daarbij neemt het LAG in aanmerking de intensiteit van het geestelijk leed, de mate van schuld, de aanleiding en omstandigheden van de aantasting, waaronder het feit dat de handelingen jaren geduurd hebben, dat zij in brede kring bekend zijn geworden en dat in het jaar 2000 een verscherping is vast te stellen. Anderzijds hebben enkele in het verleden door de werknemer

63 LAG Rheinland-Pfalz 16.8.2001, NZA-RR 2002, 121.

64 Ook vorderde hij een vergoeding van zijn leidinggevende, welke vordering eveneens werd toegewezen.

HOOFDSTUK 15

gewonnen rechtszaken een zekere genoegdoeningsfunctie voor hem gehad. De door de werknemer aangevoerde aantasting van zijn gezondheid acht het LAG niet aannemelijk, nu de overgelegde medische verklaring slechts wijst op doorbloedingsstoornissen en waarschuwt voor verdere negatieve invloeden door het werk, maar op grond daarvan geen dwingend causaal verband met het werk kan worden aangenomen.

In een uitspraak van het *Arbeitsgericht Dresden* werden de werkgever en de leidinggevende van een gepeste werknemster hoofdelijk veroordeeld tot vergoeding van de volledige inkomensschade van de werknemster, zowel de reeds geleden schade als de toekomstige schade, en daarnaast tot betaling van een bedrag aan smartengeld vanwege de aantasting van het persoonlijkheidsrecht van de werknemster van € 25.000,- en vanwege haar gezondheidsschade van € 15.000,-.⁶⁵ De werknemster was gedurende een periode van anderhalf jaar op het werk gepest en was daardoor uiteindelijk uitgevallen wegens zware depressieve klachten, geneigdheid tot zelfdoding en psychotische trekken. Het pesten van de leidinggevende bestond uit gedragingen als het niet geven van passend werk aan de werknemster, het geven van neerbuigend commentaar op haar kwalificaties, het uiten van onterechte kritiek, haar werk door anderen laten doen, werk dat door haar gedaan was zonder meer terzijde leggen, haar werkplek zonder waarschuwing leeghalen, afspraken niet nakomen etc. De werkgever was, in de persoon van de bedrijfsleider, van het pesten op de hoogte doordat de werknemster hem had verzocht om in te grijpen. De bedrijfsleider had echter geen maatregelen genomen. De rechter achtte daarom niet alleen de leidinggevende, maar ook de werkgever zelf aansprakelijk. Daarnaast oordeelde de rechter dat het handelen van zowel de direct leidinggevende als de bedrijfsleider aan de werkgever moest worden toegerekend omdat beide personen moesten worden aangemerkt als hulppersonen bij het uitvoeren van het werk.

Uiteraard is niet in alle aan de Duitse rechter voorgelegde zaken betreffende pesten aansprakelijkheid aangenomen. Zo wees het *Landesarbeitsgericht Köln*⁶⁶ een vordering tot schadevergoeding van een werknemer af omdat er geen sprake zou zijn van pesten. De zakelijke schriftelijke waarschuwingen die de werknemer had ontvangen met betrekking tot zijn functioneren konden, naar het oordeel van het LAG, niet aangemerkt worden als pesten. Dit zou anders kunnen zijn als uit de waarschuwingen duidelijk zou blijken van minachting voor de werknemer of van aantasting van zijn eer. Dat was echter niet het geval.

Ook door het *Landesarbeitsgericht Bremen* werd een vordering tot schadevergoeding wegens pesten afgewezen omdat naar het oordeel van het LAG niet was aangetoond dat sprake was van *Mobbing*. Er was wel sprake van een conflict maar hierin had de werknemer evenzeer een rol gehad als de andere betrokkenen

65 AG Dresden 9.7.2003 – 5 Ca 5954/02.

66 LAG Köln 7.1.1998, AR-Blattei ES 20, nr. 36 (1998).

(het hoofd Personeelszaken en de leidinggevende van de werknemer), aldus het LAG.⁶⁷

Concluderend kan naar Duits recht in elk geval schadevergoeding worden toegekend wegens *Mobbing* indien de werkgever zich hieraan zelf heeft schuldig gemaakt of indien het pesten heeft plaatsgevonden door (hogere) leidinggevendenden die de werkgever in een bepaalde situatie vertegenwoordigden. De handelwijze van deze leidinggevendenden wordt in dit verband toegerekend aan de werkgever alsof het om eigen handelen gaat.⁶⁸ Daarnaast wordt in de literatuur en de rechtspraak aangenomen dat een werkgever aansprakelijk kan zijn voor de gevolgen van pesten door chefs of collega's op de werkvloer in het geval de werkgever van het pesten op de hoogte was of behoorde te zijn, maar heeft nagelaten om maatregelen te nemen.⁶⁹

15.3.8 *Zorgplicht werkgever naar Amerikaans recht*

Het Amerikaanse recht kent geen geschreven verplichting die strekt tot bescherming tegen pesten in het algemeen. Titel VII van de *Civil Rights Act* beschermt alleen tegen intimidatie op grond van ras, huidskleur, godsdienst, sekse of nationale herkomst, maar niet tegen intimidatie die niet is te herleiden tot één van deze discriminatiegronden. In het onrechtmatige daadsrecht is een enkele keer aansprakelijkheid van de werkgever uit hoofde van de *tort of IIED (intentional infliction of emotional distress)* aangenomen.⁷⁰ Dit gebeurt echter alleen in extreme gevallen omdat een werkgever alleen dan op grond van deze *tort* aansprakelijk kan worden gehouden als sprake is geweest van *extreme and outrageous* gedrag van zijn kant. Eén van de schaarse voorbeelden waarin aansprakelijkheid in beginsel mogelijk werd bevonden (dus nog niet aangenomen), is een uitspraak van het *Arkansas Supreme Court* uit 1984.⁷¹

In deze zaak oordeelde het *Arkansas Supreme Court* dat de jury een vordering van een werknemer moest beoordelen uit hoofde van *IIED*. De werknemer was ondervraagd naar aanleiding van een mogelijke diefstal. Daarbij had het veiligheidspersoneel van

67 LAG Bremen 28.4.2000, nr. 3 Sa 284/99, 7 Ca 7477/97.

68 Zie ook Däubler, *Betriebs-Berater* 1995, p. 1349. Zie ook AG Dresden 9.7.2003 – 5 Ca 5954/02.

69 Zie o.a. Spamer, diss. 2000, p. 143; B. Grunewald, "Mobbing – arbeitsrechtliche Aspekte eines neuen Phänomens", *NZA* 1993, p. 1072.

70 Niet in alle staten is dit mogelijk. In sommige staten is de heersende opinie dat alle werkgerelateerd letsel onder de collectieve ongevallenverzekering valt en dat er geen ruimte is voor aansprakelijkheid buiten die verzekering om. In de meerderheid van de staten is aansprakelijkstelling van een werkgever wegens opzettelijk toegebracht geestelijk letsel wel mogelijk. Zie hierover Yamada, 88 *Georgetown Law Journal* 475, 2000.

71 *Tandy Corp. v. Bone*, 678 S.W.2d 312 (Arkansas Supreme Court, 1984).

HOOFDSTUK 15

de onderneming tegen hem gevloekt, hem bedreigd en hem belet om de door zijn arts voorgeschreven kalmeringsmiddelen te slikken. Het *Arkansas Supreme Court* suggereerde dat de werkgever aansprakelijk zou kunnen zijn indien deze ten tijde van het gebeure op de hoogte was van de medische situatie van de werknemer.

In andere zaken waarin naar Nederlandse maatstaven sprake lijkt te zijn van tamelijk *outrageous* gedrag, werd geen aansprakelijkheid van de werkgever aangenomen. Twee voorbeelden:

Een werknemer stelde dat zijn leidinggevende tegen hem schreeuwde in het bijzijn van andere werknemers, hem 's nachts om 3.00 uur belde en hem urenlang uitschold, hem verplichtte om zonder noodzaak vakantieplannen te annuleren, hem niet toestond om een dag in het ziekenhuis door te brengen bij zijn vrouw na de geboorte van hun zoon, opzettelijk zijn vrouw aansprak met de naam van de vorige echtgenote van de werknemer, en hem twee uur voor zijn bruiloft ontslag aanzegde. Het *Oklahoma court of Civil Appeals* vond dit onvoldoende voor een geslaagd beroep op de *tort of IIED*. Er was niets in deze werkomgeving, aldus het hof, "*that would elevate the recited facts to the 'outrageous' level.*"⁷²

Een werknemer stelde dat hij met minachting en spot werd behandeld door zijn chef, dat sprake was van een ongerechtvaardigd slechte beoordeling en van onterecht ontslag. Het *Columbia Court of Appeals* vond dit niet ernstig genoeg: "*While offensive and unfair, such conduct is not in itself of the type actionable on this tort theory.*"⁷³

Als al wordt aangenomen dat sprake is van *extreme and outrageous* gedrag, dan is dat meestal in zaken waarin sprake is van seksuele intimidatie of intimidatie op grond van ras.⁷⁴ Vorderingen tot schadevergoeding wegens 'gewoon' pesten worden slechts zelden toegewezen.

Naast het vereiste dat sprake moet zijn van *extreme and outrageous* gedrag dient een werknemer voor een geslaagd beroep op de *tort of IIED* ook aan te tonen dat hij *severe emotional distress* heeft ondervonden. Dit begrip wordt zo uitgelegd dat het moet gaan om leed dat zo ernstig is dat van geen redelijk mens verwacht mag worden het te verdragen.⁷⁵ Ook dit vereiste vormt een aanzienlijke drempel voor aansprakelijkheid. Zo werd een vordering van een werknemer die door zijn chef voortdurend werd nageaapt en gepest met het feit dat hij stotterde, afgewezen omdat volgens de rechter geen sprake was van *severe emotional distress*. De werknemer werkte aan de lopende band en had al zijn hele leven problemen met stot-

72 *Mirzaie v. Smith Cogeneration Inc.*, 962 P.2d 678 (Oklahoma Court of Appeals, 1998).

73 *Crowley v. North American Telecommunications Association*, 691 A.2d 1169 (D.C. 1997).

74 Zie bijv. *Godfrey v. Perkin-Elmer Corp.* 794 F. Supp. 1179 (D.N.H. 1992). Zie verder Yamada, 88 *Georgetown Law Journal* 475, 2000.

75 Zie § 9.4.

teren. Ook voordat hij gepest werd op het werk, was hij al onder behandeling in verband met zijn nervositeit. De werknemer stelde dat hij “*shaken up*” was door het gedrag van zijn chef en “*felt like going into a hole and hide*.” Zijn vrouw getuigde dat de gemoedstoestand van haar man verslechterde in deze periode. Ook ondervond hij problemen in zijn huwelijk. De rechter achtte dit echter onvoldoende voor een geslaagd beroep op de *tort of IIED*.⁷⁶

Al met al verplicht het civiele Amerikaanse recht een werkgever dus vrijwel niet tot het nemen van maatregelen ter voorkoming en bestrijding van pesten. Door Friedman en Whitman wordt in dit opzicht opgemerkt dat er in de Verenigde Staten, anders dan op het Europese vasteland, geen voedingsbodem is voor een concept als het beschermen door het recht van de menselijke waardigheid van werknemers.⁷⁷ Daarentegen wordt in de Verenigde Staten, meer dan in Europa, belang gehecht aan het bestrijden van discriminatie op grond van sekse en ras. Als redenen voor dit verschil wijzen Friedman en Whitman onder meer op de hogere mobiliteit op de Amerikaanse arbeidsmarkt, waardoor werknemers eerder ontslag nemen, solliciteren naar een andere baan e.d. dan zich inspannen voor een intimidatievrije werkplek, en op de historische aandacht in de Verenigde Staten voor discriminatie (met name op grond van ras). Friedman en Whitman kunnen zich wel in deze benadering vinden. Zij vrezen dat, indien meer aandacht zou uitgaan naar het tegengaan van pesten in het algemeen, dit ten koste zou gaan van de bestrijding van specifieke vormen van discriminatie en intimidatie. Andere schrijvers, zoals Ehrenreich en Yamada denken hier anders over. Zij zijn van mening dat het Amerikaanse recht, meer dan nu het geval is, bescherming zou moeten bieden tegen pesten in het algemeen, dit vanuit de gedachte dat ook pesten, evenals discriminatie, een aantasting van de waardigheid van werknemers vormt. Ehrenreich stelt daarom voor om de vereisten voor een beroep op de *tort of IIED* te versoepelen, zodat langs die weg gekomen kan worden tot:

“a vision of a workplace that is truly meritocratic, one where employees will be judged on their on-the-job competence, not on irrelevant characteristics such as physical appearance, accent, or whether they happen to resemble the kind of person coworkers just do not like.”⁷⁸

76 *Harris v. Jones*, 380 A.2d 611 (Maryland Court of Appeals, 1977).

77 Friedman and Whitman, *Columbia Journal of European Law*, Spring 2003, p. 241-274. Aan het ontbreken van bescherming tegen pesten in het Amerikaanse arbeidsrecht zal ook debet zijn dat een werkgever naar Amerikaans recht een werknemer die hem niet aanstaat *at will* kan ontslaan. Voor wegpesten in de hoop dat de werknemer zelf ontslag neemt, is dan geen reden.

78 Rosa Ehrenreich, “Dignity and Discrimination: Toward a Pluralistic Understanding of Workplace Harassment”, 88 *Georgetown Law Journal* 1, 1999.

HOOFDSTUK 15

Yamada ziet minder heil in uitbreiding van het huidige systeem, maar stelt voor om een nieuwe wettelijke *tort* te introduceren, te weten de *tort of the intentional infliction of a hostile work environment*.⁷⁹ Op deze *tort* zou een beroep gedaan moeten kunnen worden in geval een werknemer kan aantonen, *by a preponderance of the evidence*, dat zijn werkgever of leidinggevende hem opzettelijk heeft laten werken in een vijandige werkomgeving. Van een vijandige werkomgeving is sprake als de werknemer dit zelf zo ervaart en als een redelijk persoon in dezelfde situatie dit ook zou vinden. Zowel Yamada als Ehrenreich zijn voorts van mening dat een werkgever kwalitatief aansprakelijk moet kunnen worden gehouden voor pesten door zijn ondergeschikten op dezelfde wijze als dat nu het geval is voor seksuele intimidatie op grond van *Title VII Civil Rights Act*, dat wil zeggen dat de aansprakelijkheid van de werkgever vervalt als hij die maatregelen heeft genomen die redelijkerwijs van hem mochten worden verwacht ter voorkoming van pesten en als de werknemer ten onrechte geen gebruik heeft gemaakt van een klachtenregeling of andere regeling die de werkgever heeft geïntroduceerd ter bestrijding van pesten.⁸⁰

15.4 Zorgplicht ter voorkoming en bestrijding van (psychisch letsel door) pesten: evaluatie en eigen opvatting

15.4.1 Algemene verplichtingen werkgever en benadering vanuit grondrechten en vanuit letselschade

Van de vier onderzochte rechtsstelsels kent alleen het Nederlandse recht een algemene wettelijke verplichting tot het voorkomen en bestrijden door de werkgever van pesten op het werk, namelijk artikel 4 lid 2 Arbowet. In het Duitse recht wordt eenzelfde verplichting door rechters en schrijvers echter afgeleid uit artikel 2 I juncto artikel 1 I van de Duitse Grondwet en het daaruit voortvloeiende algemeen persoonlijkheidsrecht van werknemers.⁸¹ Het Engelse en Amerikaanse recht kennen geen algemene verplichting voor de werkgever tot het beschermen van werknemers tegen pesten. Naar Engels recht is een werkgever daartoe alleen gehouden op het moment dat een werknemer door het pesten ziek dreigt te wor-

79 Yamada, 88 *Georgetown Law Journal* 475, 2000.

80 Kritiek op het gebruik van *torts* ter bestrijding van intimidatie e.d. door werkgevers is geuit door Dennis P. Duffy, "Intentional Infliction of Emotional Distress and Employment at Will: The Case against 'Tortification' of Labor and Employment Law", 74 *Boston University Law Review* 387, 1994. Naar zijn mening moet dergelijk gedrag vooral bestreden worden via collectieve onderhandelingen. Een dergelijke visie lijkt echter weinig realistisch, nu er veel Amerikaanse bedrijven zijn waar vakbonden weinig invloed hebben. Zie in deze zin ook Yamada, 88 *Georgetown Law Journal* 475, 2000.

81 Zie § 8.4.1 en § 15.3.6.

den.⁸² In het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht is een werkgever alleen verplicht om zich van pesten te onthouden als het pesten kan worden aangemerkt als *extreme and outrageous conduct* en als dit gedrag *severe emotional distress* bij de werknemer tot gevolg heeft.⁸³

In het Engelse, en tot op zekere hoogte het Amerikaanse, recht wordt dus een benadering gevolgd waarbij een werkgever alleen dan aansprakelijk kan zijn voor ziekte als gevolg van pesten als het ontstaan van de ziekte voorzienbaar was. In het Duitse en, naar het lijkt, ook in het Nederlandse recht ligt dat anders. In het Duitse recht wordt pesten benaderd vanuit een meer grondrechtelijk perspectief. Uitgangspunt naar Duits recht is dat pesten een aantasting vormt van het persoonlijkheidsrecht van de werknemer, welk recht voortvloeit uit de Grondwet. Een werkgever is, op grond van zijn verplichting om het persoonlijkheidsrecht van de werknemer niet aan te tasten, gehouden om een werknemer een *menschengerechten Arbeitsplatz* te geven. Deze verplichting geldt ook dan als geen sprake is van (dreigende) ziekte door het pesten.⁸⁴

In het Nederlandse recht is het nog niet geheel duidelijk hoe de kaarten liggen. Uit de rechtspraak lijkt evenwel afgeleid te kunnen worden dat pesten als zodanig wordt beschouwd als zijnde in strijd met het goed werkgeverschap. Dit volgt bijvoorbeeld uit het arrest Deuss, waarin het wegpesten van een werknemster als een dringende reden voor ontslagname en tevens als schending van de norm van het goed werkgeverschap werd aangemerkt en daarom recht gaf op schadevergoeding, zonder dat tevens werd geëist dat van ziekte sprake was.⁸⁵ Ook in een aantal ontslagzaken is geoordeeld dat het pesten als zodanig dan wel het uitblijven van maatregelen daartegen door de werkgever strijd opleverde met het goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW en daarmee recht gaf op een vergoeding.⁸⁶ Dergelijke redeneringen duiden meer op een grondrechtelijke benadering dan op een benadering vanuit de aansprakelijkheid voor gezondheidsschade. Daarbij dient echter bedacht te worden dat de schade die in deze uitspraken was

82 Zie § 15.3.5.

83 Zie verder § 15.3.8.

84 Ook in België, Frankrijk en Zweden wordt een werkgever geacht pesten te bestrijden. In België en Frankrijk staat op het niet nemen door de werkgever van voldoende maatregelen ter voorkoming en bestrijding van pesten een strafrechtelijke sanctie. Zie over België: A.C.J.M. Geers, "Naar een nieuwe intimidatiewet", *Sociaal Recht* 2003, p. 36 en over Frankrijk: Wickler, *Der Betrieb* 2002, p. 480, noot 32. In Zweden staat er geen strafrechtelijke sanctie op pesten, maar bestaan er wel specifieke publiekrechtelijke voorschriften. Zie eveneens Wickler, *Der Betrieb* 2002, p. 480, noot 32 en Friedman and Whithman, *Columbia Journal of European Law*, Spring 2003, p. 252.

85 HR 1 december 1989, NJ 1990, 451 m.nt. PAS (Deuss/Motel Maatschappij Holland).

86 Ktr. Utrecht 9 augustus 1993, *Prg* 1993, 3939; Ktr. Utrecht 18 juli 1995, *Prg* 1996, 4486; Ktr. Zutphen 15 oktober 1991, *Prg* 1992, 3614. Zie ook § 15.3.3.

HOOFDSTUK 15

geleden, steeds schade als gevolg van ontslag was en dat met het oog daarop een vergoeding is toegekend. In deze zaken is dus geen oordeel gegeven over de aansprakelijkheid van de werkgever voor pesten en/of voor arbeidsongeschiktheid als gevolg daarvan. Verder is er ook rechtspraak waarin het letselschadekarakter voorop staat. Zo werd in een uitspraak van de kantonrechter Rotterdam de vordering tot vergoeding van schade als gevolg van arbeidsongeschiktheid, die weer het gevolg was van intimidatie, toegewezen, terwijl gelijktijdig de vordering tot verkrijging van smartengeld werd afgewezen, omdat naar het oordeel van de rechter de intimidatie geen aantasting in de persoon opleverde. In deze uitspraak lag de nadruk dus op de gezondheidsschade en niet op het afkeurenswaardige karakter van de intimidatie als zodanig.⁸⁷

Theoretisch gezien is zowel een benadering vanuit grondrechtelijk perspectief als een benadering vanuit de optiek van gezondheidsschade mogelijk in het Nederlandse recht. Voor wat betreft de tweede benadering kan aansluiting worden gezocht bij de rechtspraak over de aansprakelijkheid voor psychisch letsel als gevolg van het meemaken van een traumatische gebeurtenis op het werk of als gevolg van overbelasting. Het is echter ook mogelijk om pesten in een meer grondrechtelijk perspectief te plaatsen en het op één lijn te stellen met seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras. Zelf heb ik een voorkeur voor deze tweede, meer grondrechtelijke, benadering. Naar mijn mening lijkt pesten zozeer op seksuele intimidatie en op intimidatie wegens ras dat eenzelfde benadering gevolgd zou moeten worden.⁸⁸ Kenmerkend voor alle drie de vormen van intimidatie is dat zij een inbreuk vormen op de menselijke waardigheid van de werknemer en op zijn mogelijkheden om ongestoord zijn werk te kunnen doen. Qua gedragingen is er ook weinig verschil tussen intimidatie die tevens discriminatie oplevert en intimidatie/pesten waarbij dat niet het geval is. In de Arbowet wordt pesten ook overigens op één lijn gesteld met seksuele intimidatie.⁸⁹

Eén en ander betekent niet dat pesten als een vorm van discriminatie moet worden gezien, zoals seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras, maar wel dat het uitgangspunt moet zijn dat een werkgever gehouden is om maatregelen te nemen om werknemers tegen pesten als zodanig te beschermen vanuit de gedachte dat het daarbij gaat om onwenselijk gedrag op de werkvloer dat ook moet worden bestreden als het geen ziekte tot gevolg heeft. Overigens heeft pesten, zo blijkt uit onderzoek, in veel gevallen nadelige gevolgen voor de gezondheid van de betrokken werknemer.⁹⁰ In die zin strekt een verplichting ter voorkoming en bestrijding van pesten in de meeste gevallen ook ter voorkoming van (psychische) ziekte als gevolg daarvan en kan gezegd worden dat, waar een risico op pesten bestaat of daadwerkelijk van pesten sprake is, tevens enige vorm van ziekte voorzienbaar is.

87 Ktr. Rotterdam 28 september 2000, *JAR* 2000, 244.

88 Zie ook § 14.3.2.

89 Zie art. 4 lid 2 Arbowet en § 15.3.2.

90 Zie § 15.1.1.

15.4.2 *Invulling van de zorgplicht van de werkgever in het concrete geval*

De keuze voor een bepaalde benadering – de grondrechtelijke of die vanuit het perspectief van letselschade – is van invloed op de invulling van de zorgplicht van de werkgever ter voorkoming van (psychische ziekte door) pesten. Indien het uitgangspunt is dat pesten als zodanig moet worden bestreden, dan is een werkgever gehouden om maatregelen te nemen ter bescherming van een individuele werknemer op het moment dat hij weet of behoort te weten dat deze gepest wordt of gepest dreigt te worden. Is het uitgangspunt daarentegen dat de werkgever eerst in actie hoeft te komen op het moment dat pesten ziekte teweeg dreigt te brengen, dan ontstaat de verplichting om maatregelen te nemen eerst op het moment dat het ontstaan van ziekte voorzienbaar is. Ervan uitgaande dat naar Nederlands recht toepassing van de grondrechtelijke benadering het meest voor de hand ligt, zoals aangegeven in de vorige paragraaf, en gezien mijn eigen voorkeur voor die benadering, zal in het vervolg van deze paragraaf als uitgangspunt worden genomen dat een werkgever niet alleen gehouden is om een werknemer te beschermen tegen psychische ziekte door pesten, maar ook tegen pesten als zodanig. Zoals reeds opgemerkt in de vorige paragraaf is een scherp onderscheid tussen beide benaderingen ook niet mogelijk omdat pesten in de meeste gevallen psychische klachten veroorzaakt.

In dit hoofdstuk is onderscheid gemaakt tussen pesten door de werkgever zelf en pesten door chefs en/of collega's die geen vertegenwoordiger van de werkgever zijn. In het eerste geval is het uitgangspunt zonder meer dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen. Een werkgever dient zich er van te onthouden om een werknemer (weg) te pesten. Alleen in het Amerikaanse recht is er eerst dan ruimte voor aansprakelijkheid als het gedrag van de werkgever als *outrageous* kan worden aangemerkt. In het Engelse recht wordt deze benadering niet gevolgd.

Vindt het pesten plaats door chefs en/of collega's, dan zal een werkgever eerst gehouden zijn om maatregelen te nemen op het moment dat hem ter ore komt of behoort te komen dat er gepest wordt. In theorie kan een werkgever ook al gehouden zijn om maatregelen te nemen op het moment dat er een reëel risico bestaat dat er gepest gaat worden. In de praktijk zal een dergelijk risico echter veelal moeilijk te onderkennen zijn en zal een concrete verplichting tot het nemen van maatregelen veelal pas ontstaan op het moment dat het pesten een aanvang neemt. Wel kan zich de situatie voordoen dat bekend is dat op een bepaalde afdeling een sfeer heerst die uitnodigt tot pesten, bijvoorbeeld omdat dat al eerder is gebeurd of omdat er klachten van werknemers binnen komen over de sfeer en dergelijke. De werkgever zal dan maatregelen moeten nemen om de sfeer op die afdeling te verbeteren.⁹¹ Het gaat daarbij echter niet om maatregelen die in het

91 Zie ook Ktr. Utrecht 1 augustus 2001, JAR 2001, 195 (ten aanzien van seksuele intimidatie). Zie ook Heerma van Voss, 1999, p. 47.

HOOFDSTUK 15

concrete geval genomen moeten worden om (verder) pesten te voorkomen, maar om meer algemene preventieve maatregelen. Andere mogelijke preventieve maatregelen zijn:

- het ontwikkelen en bekend maken van beleid tegen pesten;
- het kenbaar maken in de onderneming dat pesten niet wordt getolereerd;
- het inventariseren van de risico's op pesten en het nemen van maatregelen om verwezenlijking van die risico's te voorkomen;
- het zorgen voor een goede klachtenregeling;
- het aanstellen van een vertrouwenspersoon.⁹²

Heeft het pesten al plaatsgevonden, dan kan worden gedacht aan de volgende maatregelen:

- het zorgen voor een correcte behandeling van een klacht over het pesten;
- het aangeven wat onwenselijk wordt geacht van de gedragingen die hebben plaatsgevonden en wat van de leidinggevenden in dit opzicht wordt verwacht;
- het nemen van passende sancties tegen de werknemer(s) die zich aan het pesten schuldig heeft/hebben gemaakt;
- het, zo nodig, bieden van (therapeutische) begeleiding aan de werknemer die gepest is;
- het voorkomen van victimisatie.

Voor het overige verwijs ik de lezer graag naar § 14.5.2. De daar genoemde, door de werkgever te nemen maatregelen in geval van seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras, zijn evenzeer toepasbaar in geval van pesten. Ook hetgeen in § 14.5.2 is opgemerkt met betrekking tot de noodzaak van concretisering van algemene preventieve verplichtingen van de werkgever in een specifiek geval geldt evenzeer ten aanzien van pesten als ten aanzien van seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras.⁹³ Ook aansprakelijkheid van de werkgever voor pesten kan niet zonder meer worden aangenomen als de werkgever alleen is tekortgeschoten in meer algemene preventieve verplichtingen. Voor aansprakelijkheid in een concreet geval is vereist dat de geschonden algemene verplichting er mede toe strekte om de schade in het concrete geval te voorkomen ofwel dat een specifieke, op dat geval toepasselijke, verplichting niet is nageleefd.

92 Zie over deze preventieve verplichtingen ook A.J.C.M. Geers, "Intimidatie op de werkplek", in *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, red. G. van Maanen, BJU Den Haag, 2003, p. 183-198 en dezelfde in "Pesten", *OR-Informatie*, 17 juli 2002, p. 8.

93 In dezelfde zin Heerma van Voss, 1999, p. 97-98, die wijst op de mogelijkheden tot concretisering van normen met betrekking tot pesten en het zorgen voor een goede werksfeer aan de hand van het goed werkgeverschap. Zie ook A.C.J.M. Geers, *Recht en humanisering van de arbeid* (diss. Maastricht), Deventer 1988, p. 300-307.

Een werkgever heeft, naar mijn mening, overigens alleen dan een zorgplicht met betrekking tot pesten als het gaat om serieuze pesterijen, dat wil zeggen pesterijen die kunnen worden aangemerkt als 'wreed, vernederend of intimiderend' als bedoeld in de definities van pesten die zijn gegeven in § 15.1.1.⁹⁴ Hiertoe behoren niet gedragingen als (incidenteel) uitschelden, negeren, het niet meevragen van een collega voor de lunch en dergelijke. Vormen deze gedragingen onderdeel van een breder patroon, dan kan dit echter anders liggen.⁹⁵

15.4.3 Toepassing van artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW

Ten aanzien van pesten zijn er nog geen uitspraken te vinden waarin de aansprakelijkheid van de werkgever is gebaseerd op artikel 7:658 BW. In de weinige uitspraken waarin tot dusver aansprakelijkheid van de werkgever voor de gevolgen van pesten is aangenomen, is dit gebeurd op basis van artikel 7:611 BW.⁹⁶ In die uitspraken hing de toekenning van schadevergoeding echter sterk samen met het feit dat de werknemer door het gedrag van de werkgever was gedwongen om ontslag te nemen en had de schadevergoeding ook min of meer het karakter van een ontslagvergoeding. Het ging in die zaken daarom niet zozeer om aansprakelijkheid voor arbeidsongeschiktheid als wel om aansprakelijkheid voor een situatie die tot onvrijwillige ontslagname had geleid. Toepassing van artikel 7:611 BW lag daarom meer in de rede dan toepassing van artikel 7:658 BW.

Is de reden voor aansprakelijkstelling puur het feit dat een werknemer arbeidsongeschikt is geworden als gevolg van pesten op het werk, los van zijn aanspraken op een eventuele ontslagvergoeding, dan lijkt mij dat er geen belemmeringen zijn voor de toepassing van artikel 7:658 BW. In dat geval geldt hetzelfde als ten aanzien van seksuele intimidatie, namelijk dat er een specifieke verplichting met betrekking tot pesten is opgenomen in de Arbowet en dat hieruit in de rechtspraak meer specifieke normen zijn afgeleid dan wel afgeleid kunnen worden.⁹⁷ Bovendien is het mijns inziens voldoende duidelijk, gelet op de beschikbare ken-

94 Door Friedman en Whitman, *Columbia Journal of European Law*, Spring 2003, wordt in dit opzicht enigszins smalend opgemerkt dat in het Duitse recht zelfs het negeren van een collega wordt gezien als een aantasting van de menselijke waardigheid. Zij verbinden hieraan de conclusie dat op het Europese vasteland de pijngrens voor psychisch leed veel lager ligt dan in de Verenigde Staten waarin pesten pas als ontoelaatbaar wordt beschouwd als het *outrageous* is.

95 Zie in dit opzicht met name de Duitse rechtspraak, zoals besproken in § 15.3.7, waarin alleen wordt gesproken van *Mobbing* als sprake is van een dergelijk patroon.

96 Zie HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 451 m.nt. PAS (Deuss/Motel Maatschappij Holland) en Ktr. Rotterdam 28 september 2000, *JAR* 2000, 244.

97 Zie § 15.3.3 voor een verdere uitwerking van deze norm.

HOOFDSTUK 15

nis over de gevolgen van ernstige pesterijen,⁹⁸ dat het niet nemen van maatregelen tegen pesten ernstige gevolgen voor de gezondheid kan hebben. Er is dus ook sprake van een verplichting die strekt ter voorkoming van gezondheidsschade. Ook dat pleit voor de toepassing van artikel 7:658 BW. De Hoge Raad heeft bovendien in maart 2005 geoordeeld dat artikel 7:658 BW niet alleen betrekking heeft op fysiek, maar ook op psychisch letsel.⁹⁹ Daaronder valt ook psychisch letsel als gevolg van pesten op het werk.

Hieraan doet naar mijn mening niet af dat in het arrest Chubb Lips/Jansen door de Hoge Raad is geoordeeld dat op de voet van artikel 7:658 BW geen schadevergoeding kan worden verkregen voor, onder meer, de gevolgen van een onheuse behandeling door een chef.¹⁰⁰ In de eerste plaats is dit arrest achterhaald door de uitspraak in ABN AMRO/Nieuwenhuys. Verder lijkt mij dat de Hoge Raad in Chubb Lips/Jansen heel wel had kunnen oordelen dat artikel 7:658 BW van toepassing was omdat de omschrijving die de Hoge Raad in die zaak van de handelwijze van de chef gaf – “een onheuse bejegening” – nogal eufemistisch is als gekeken wordt welk gedrag de chef daadwerkelijk vertoonde, afgaand op hetgeen is gesteld door de gemachtigde van Jansen in de memorie van antwoord in appél bij de rechtbank.

Blijkens deze memorie heeft de gemachtigde van Jansen aangevoerd dat deze prima heeft gefunctioneerd tot hij te maken kreeg met een nieuwe chef, de heer B. Het optreden van deze B. is door Jansen gekarakteriseerd als “*hard, harteloos, confronterend en beschuldigend*”. Jansen heeft drie verklaringen van ex-collega’s overgelegd waarin het optreden van B. in vergelijkbare kwalificaties is omschreven. Ook heeft hij een verslag bijgevoegd waarin nader en meer concreet zijn ervaringen met B. zijn beschreven, met name de stelselmatige bejegening van medewerkers als stomkoppen, de scheldpartijen en de dreiging met ontslag en overplaatsing. Jansen en zijn collega’s werd blijkens de memorie van antwoord toegevoegd dat zij boerenlullen waren, klootzakken die nergens voor deugden en van niets wisten en dat zij slechts verouderde opvattingen hanteerden. De tirades van B. eindigden, zo gaat de memorie verder, dagelijks in een soort ‘werkoverleg’ aan het einde van de dag waarin B. opsomde wat er volgens hem mis was gegaan en waarbij elke medewerker aan bod kwam en werd weggevaagd. Ondanks diverse signalen over het disfunctioneren van B. zou Chubb Lips hem (te) lang de hand boven het hoofd hebben gehouden. Dit heeft, aldus de memorie, geleid tot een externe vlucht van personeel en tot interne slachtoffers, waaronder Jansen. Deze is ingestort en heeft langdurig professionele psychiatrische zorg nodig gehad.

Het lijkt mij dat dit gedrag, gezien het stelselmatige karakter ervan, beter omschreven kan worden als pesten of intimidatie dan als een onheuse bejegening. Naar mijn mening had ook aangenomen kunnen worden dat Chubb Lips een concrete

98 Zie § 15.1.1.

99 HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84; *RvdW* 2005, 37 (ABN AMRO/Nieuwenhuys).

100 HR 30 januari 1998, *JAR* 1998, 82 en *NJ* 1998, 476 (Chubb Lips Nederland BV/Jansen).

verplichting als bedoeld in artikel 7:658 BW had geschonden, door niet op te treden tegen het duidelijk ontoelaatbare gedrag van B., terwijl zij daarvan wel op hoogte was. Het lijkt me bovendien dat het voorzienbaar was, althans had moeten zijn, dat tenminste een aantal werknemers door het gedrag van B. psychische klachten zou ontwikkelen. Toepassing van artikel 7:658 BW was naar mijn mening dan ook mogelijk geweest.¹⁰¹ Wel kan mogelijk gezegd worden dat niet voorzienbaar was dat specifiek Jansen ziek zou worden, omdat niet blijkt dat hij in vergelijking tot zijn collega's een bijzondere positie innam waardoor hij meer dan gemiddeld werd getroffen door het gedrag van B. Op dit aspect is echter noch in het arrest van de Hoge Raad noch in de vonnissen van kantonrechter en rechtbank ingegaan. In het arrest van de Hoge Raad is de vraag of Chubb Lips een concrete verplichting had jegens Jansen zelfs geheel niet aan de orde geweest, omdat op dit punt geen cassatie was ingesteld.¹⁰²

15.5 Kwalitatieve aansprakelijkheid voor (psychisch letsel als gevolg van) pesten

15.5.1 Inleiding

Evenals bij seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras¹⁰³ is ook bij pesten de mogelijkheid van kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor gedragingen van zijn ondergeschikten van belang, omdat pesten lang niet altijd gebeurt door de werkgever zelf, maar ook door collega's of (lagere) leidinggevend. In deze § 15.5 zal daarom worden nagegaan in hoeverre een werkgever naar Nederlands, Engels, Duits en Amerikaans recht aansprakelijk kan worden gesteld voor pesten door ondergeschikten.

15.5.2 Kwalitatieve aansprakelijkheid voor pesten naar Nederlands recht

In een uitspraak van 26 mei 2004 heeft de CRvB een overheidswerkgever op grond van het in artikel 6:170 BW tot uitdrukking gebrachte beginsel aansprakelijk gehouden voor de schade die een bij deze werkgever in dienst zijnde ambtenaar had geleden als gevolg van pesten en intimidatie door zijn direct leidinggevende.¹⁰⁴ Deze uitspraak, die reeds is besproken in § 15.4.2, betrof een medewerker bij Defensie, die jarenlang door zijn leidinggevende J. op dominante en agressieve wijze was bejegend en tegengewerkt bij de uitvoering van zijn werkzaam-

101 Ook aansprakelijkheid op grond van art. 6:170 BW was wellicht mogelijk geweest. Zie in dit opzicht CRvB 26 mei 2004, TAR 2005, 19 en de bespreking daarvan in § 15.5.2.

102 Zie verder § 3.3.3.

103 Zie § 14.6.

104 CRvB 26 mei 2004, TAR 2005, 19.

HOOFDSTUK 15

heden. De ambtenaar was daardoor uiteindelijk ziek geworden en had zich wegens tamelijk ernstige depressieve klachten onder behandeling van een psychiater moeten stellen. De CRvB merkte de ziekte van de ambtenaar aan als een beroepsziekte en nam daarnaast aansprakelijkheid van de werkgever aan voor de restschade van de ambtenaar op grond van de norm van artikel 6:170 BW. In dit tweede opzicht oordeelde de CRvB als volgt:

“Gebleken is dat de door gedaagde tot leidinggevende benoemde J. appellant jarenlang heeft kunnen terroriseren en hem daarmee schade en geestelijk leed heeft berokkend. Vast staat dat gedaagde zeggenschap had over deze onrechtmatige gedragingen van J. en dat J. zich, dankzij zijn benoeming tot plaatsvervangend locatiehoofd in 1991, een machtspositie op de locatie (...) kon verwerven waarin hij zich gedurende een reeks van jaren op de hiervoor omschreven wijze kon gedragen zonder dat door gedaagde werd ingegrepen. Daarbij is van belang dat uit het rapport Z.¹⁰⁵ blijkt dat het effect van het gedrag van J. op de medewerkers reeds een aantal jaren bekend moet zijn geweest en in ieder geval op een in oktober 1995 ter gelegenheid van een reorganisatie georganiseerde bijeenkomst uitgebreid ter sprake is gekomen.”

Naar het oordeel van de CRvB is dus voldaan aan de criteria van artikel 6:170 BW. Van functioneel verband met het werk is sprake omdat de werkgever J. tot leidinggevende heeft benoemd en hem op een gegeven moment in een zodanige positie heeft aangesteld dat J. de mogelijkheid kreeg om zich ongestoord aan machtsmisbruik schuldig te maken. De werkgever had bovendien zeggenschap over de gedragingen van J., omdat hij had kunnen ingrijpen, hetgeen uiteindelijk ook is gebeurd, doch pas in mei 1998.

In het civiele aansprakelijkheidsrecht zijn, voor zover mij bekend, tot op heden geen (gepubliceerde) uitspraken gedaan waarin kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor (de gevolgen van) pesten is aangenomen of van de hand is gewezen. In de literatuur wordt een dergelijke vorm van aansprakelijkheid goed denkbaar geacht, uiteraard voor zover is voldaan aan de criteria dat het pesten door de ondergeschikte als een onrechtmatige daad kan worden aangemerkt en dat sprake is van functioneel verband tussen die onrechtmatige daad en de werkzaamheden van de ondergeschikte.¹⁰⁶

15.5.3 *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor pesten naar Engels, Duits en Amerikaans recht*

Naar Engels recht kan een gepeste werknemer een beroep doen op de kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor onrechtmatige gedragingen van

105 Het onderzoeksrapport van een commissie die 39 medewerkers had geïnterviewd naar aanleiding van klachten over J. Zie verder § 15.3.4.

106 Zie met name S.D. Lindenbergh, “Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade”, *AV&S* 2003, p. 17.

zijn werknemers, zoals deze zich in de *common law* heeft ontwikkeld. Daarvoor is vereist dat de werknemer die de schade heeft veroorzaakt, onrechtmatig handelde en dat hij dit deed *in the course of his employment*.¹⁰⁷ Aan dit laatste criterium is blijkens de rechtspraak voldaan wanneer er een nauw verband bestaat tussen de onrechtmatige gedraging en de werkzaamheden van de onrechtmatig handelende werknemer, hetgeen bijvoorbeeld het geval is indien een werknemer een vertrouwensfunctie misbruikt om daaraan tegengestelde doelen te bereiken.¹⁰⁸ Het verband ontbreekt echter als de functie van de werknemer geheel losstaat van zijn onrechtmatige handelwijze. Bij pesten kan, gelet hierop, functioneel verband worden aangenomen als een werknemer zijn functie misbruikt om anderen te intimideren, zoals bijvoorbeeld in de hiervoor besproken uitspraak van de CRvB. Staat het pesten van de werknemer in lossere verband tot zijn functie, dan ligt kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever niet voor de hand. Uitspraken hierover zijn er, voor zover mij bekend, tot dusver niet gedaan.

In het Duitse recht is de belangrijkste vorm van kwalitatieve aansprakelijkheid waarop een gepeste werknemer zich kan beroepen het zogeheten *Organisationsverschulden* van de werkgever.¹⁰⁹ Deze vorm van aansprakelijkheid houdt, kort gezegd, in dat de werkgever aansprakelijk is voor schade die door één van zijn werknemers is toegebracht indien de werkgever heeft nagelaten om de bedrijfsprocessen en de werkzaamheden van het personeel zo in te richten en op die inrichting toe te zien als nodig is voor het vermijden van schade van derden.¹¹⁰ Met betrekking tot pesten betekent dit dat een werkgever zijn onderneming zodanig moet organiseren dat zijn werknemers niet aan pesten worden blootgesteld. Dit houdt blijkens de rechtspraak¹¹¹ onder meer in dat een werkgever een beleid moet voeren tegen pesten en dat hij, als het hem bekend wordt dat er gepest wordt, maatregelen moet nemen om hier een einde aan te maken. Doet hij dit niet, dan is hij voor de schade van de gepeste werknemer aansprakelijk. In het Duitse recht wordt in dit opzicht gesproken van een vorm van kwalitatieve aansprakelijkheid. Deze vorm van kwalitatieve aansprakelijkheid heeft echter, zoals ook besproken in § 14.6.4, elementen van foutaansprakelijkheid, nu de werkgever aan kwalitatieve aansprakelijkheid kan ontkomen door aan te tonen dat hij zijn zorgplicht ter voorkoming en bestrijding van pesten is nagekomen.

107 Zie § 7.5.

108 Zie *Lister and Others v. Hesley Hall Limited* [2002] 1 AC 215 (House of Lords). Zie voor een uitgebreidere bespreking van deze uitspraak § 7.5.

109 Dit vloeit voort uit § 823 BGB. Daarnaast kan kwalitatieve aansprakelijkheid worden gebaseerd op § 831 BGB, maar dit artikel biedt, mede vanwege de uitsluiting van aansprakelijkheid van de werkgever en van collega's voor letsel op grond van § 104 SGB, niet veel mogelijkheden. Zie verder § 8.5.1.

110 H. Kötz, *Deliktsrecht*, 1998, nr. 292. Zie ook BGH 13.5.1955, BGHZ 17, 214; BGH 20.4.1971, NJW 1971, 1313.

111 Zie vooral de twee uitspraken van het LAG Thüringen 15.2.2001, NZA-RR 2001, 577 en DB 2001, 1783 en 10.4.2001, NZA-RR 2001, 347 en DB 2001, 1204.

HOOFDSTUK 15

In de, in § 15.3.7 besproken, uitspraken van het *LAG Thüringen* is geoordeeld dat het *Organisationsverschulden* een zekere omkering van de bewijslast met zich brengt. Staat vast dat een werknemer is gepest, dan wordt vermoed dat de werkgever zijn *Organisations- und Schutzpflichten* heeft geschonden. De werkgever kan dit vermoeden dan alleen weerleggen door aan te tonen dat hij passende maatregelen heeft genomen om het pesten tegen te gaan en dat hij deze ook heeft gehandhaafd. Toont een werknemer aan dat de werkgever op de hoogte was van het pesten in een concreet geval, maar is het pesten niettemin doorgegaan, dan moet de werkgever aantonen welke specifieke en bij de concrete situatie passende maatregelen hij heeft genomen om het pesten te stoppen.¹¹² Ook hieruit blijkt dat de werkgever, om aan aansprakelijkheid te ontkomen, moet aantonen dat hij zijn zorgplicht heeft nageleefd.

Het Amerikaanse recht kent, zoals besproken in § 15.3.8, nauwelijks mogelijkheden voor aansprakelijkstelling van de werkgever voor (de gevolgen van) pesten. Dit geldt ook voor kwalitatieve aansprakelijkheid. Daarom zal hierop niet apart worden ingegaan.

15.5.4 Kwalitatieve aansprakelijkheid voor pesten: evaluatie en eigen opvatting

Het voorgaande overziend lijkt een beroep op de kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor schade als gevolg van pesten alleen in het Duitse en het Nederlandse recht aan de orde te zijn, waarbij de Nederlandse rechtspraak zich dan nog in het beginstadium bevindt. In het Engelse en Amerikaanse recht is er nauwelijks tot geen rechtspraak op dit punt, hetgeen overigens niet verbazend is, omdat de aandacht voor pesten in die rechtstelsels sowieso gering is. In het Duitse recht wordt als grondslag voor kwalitatieve aansprakelijkheid vooral het *Organisationsverschulden* naar voren geschoven.¹¹³ Zoals ook is besproken in § 14.6.4 en hiervoor in § 15.5.3 gaat het daarbij niet om een risicoaansprakelijkheid zoals die in het Nederlandse recht is neergelegd in artikel 6:170 BW, maar om een mengvorm van foutaansprakelijkheid en risicoaansprakelijkheid.

Deze mengvorm lijkt een geschiktere grondslag te vormen voor aansprakelijkheid voor pesten dan een zuivere vorm van risicoaansprakelijkheid, omdat, zoals ook is besproken in § 14.6.6, risicoaansprakelijkheid problemen kan opleveren in die gevallen waarin bepaalde schade opzettelijk door een werknemer is veroorzaakt. Functioneel verband lijkt dan niet steeds aanwezig, omdat soms gezegd kan worden dat het pesten niet voortvloeit uit het werk maar uit eigen motieven van de werknemer. Aan de andere kant is het niet aannemen van functioneel verband in een dergelijk geval ook problematisch omdat daardoor afbreuk wordt gedaan aan de preventieve doelstelling van wet- en regelgeving inzake pesten en

112 Zie uitgebreid Wickler, *Der Betrieb* 2002, p. 483.

113 Zie § 15.5.3.

bovendien juist de ernstige vormen van pesten buiten de (aansprakelijkheids)-boot dreigen te vallen.

In de uitspraak van de CRvB kwam deze problematiek niet zozeer naar voren omdat daarin geoordeeld kon worden dat er een nauw verband bestond tussen het pesten van leidinggevende J. en zijn werk, omdat J. zijn positie misbruikte om andere werknemers te intimideren. Denkbaar is echter dat in gevallen waarin geen sprake is van misbruik van een bepaalde functie, maar het pesten in een veel losser verband tot het werk staat, het moeilijker is om vast te stellen of er nu wel of geen sprake is van functioneel verband tussen werk en pesten. In een dergelijk geval kan een benadering zoals die in het Duitse recht wordt gehanteerd, waarbij de kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever wordt gebaseerd op een mengvorm van risicoaansprakelijkheid en foutaansprakelijkheid, uitkomst bieden. Ook kan gewerkt worden met een ruime vorm van foutaansprakelijkheid die zich ook uitstrekt tot gedragingen van ondergeschikten, zoals in het Nederlandse recht.¹¹⁴ Deze problematiek is reeds uitgebreid aan de orde gekomen in § 14.6.6. Ik verwijs de lezer daarom graag naar die paragraaf.

15.6 Vergoeding van psychisch letsel door pesten op no-fault basis

15.6.1 *Voor- en nadelen van vergoeding van psychische ziekte door pesten op no-fault basis*

Bij vergoeding op no-fault basis van psychische ziekte als gevolg van pesten doet zich hetzelfde probleem voor als bij seksuele intimidatie, namelijk dat, systeemtechnisch gezien, het eventuele bestaan van een tekortkoming geen rol speelt bij de vaststelling van het recht op een vergoeding, maar deze tekortkoming in feite cruciaal is voor het aannemen van een vergoedingsplicht, enerzijds omdat bij pesten sprake is van opzettelijk gedrag en anderzijds omdat pesten niet kan worden aangemerkt als iets dat nu eenmaal inherent is aan het werk in plaats van als een gedraging die voorkómen dient te worden. Mede om deze redenen wordt ziekte als gevolg van pesten naar Duits recht niet beschouwd als een beroepsziekte die recht geeft op een uitkering krachtens het SGB,¹¹⁵ maar wordt pesten gezien als een gedraging die moet worden bestreden door een beroep op de Für-

114 Ook in de zaak van de CRvB had de CRvB foutaansprakelijkheid van Defensie voor de handelwijze van J. kunnen aannemen op de grond dat Defensie op de hoogte was van de handelwijze van J. en van de schadelijke gevolgen ervan, maar niettemin geen maatregelen nam. Niet duidelijk is waarom deze route niet is gevolgd.

115 Zie bijvoorbeeld de brochure van het Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, *Mobbing am Arbeitsplatz*, <http://www.bmwa.de/Navigation/Arbeit/Arbeitsrecht/mobbing.html>, 26 juni 2004.

HOOFDSTUK 15

sorgepflicht van de werkgever of het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer.¹¹⁶

In het Amerikaanse recht ligt dat anders. Daar kan psychische ziekte als gevolg van pesten wel recht geven op *workers' compensation* indien aan de gebruikelijke vereisten voor het vaststellen van het causaal verband tussen werk en ziekte is voldaan. Pesten wordt daarbij op één lijn gesteld met 'stress' in het algemeen, als zijnde een psychische oorzaak van psychisch letsel.¹¹⁷ In de Amerikaanse literatuur wordt wel de vraag opgeworpen of, gelet op de kenmerken van pesten, de *workers' compensation* stelsels wel bedoeld zijn voor het toekennen van een vergoeding aan door pesten arbeidsongeschikt geworden werknemers. Schrijvers als Rosa Ehrenreich en David Yamada beantwoorden deze vraag ontkennend.¹¹⁸ Naar hun mening kan pesten niet worden gezien als een risico dat nu eenmaal bij werk hoort. Bovendien gaat naar hun mening van vergoeding op no-fault basis van de gevolgen van pesten een te geringe prikkel uit naar werkgevers om pesten te voorkomen.

Naar mijn mening is deze kritiek op het vergoeden van de gevolgen van pesten op no-fault basis steekhoudend, althans voor zover sprake is van exclusieve werking van het no-fault systeem.¹¹⁹ Kan de werknemer naast een beroep op een no-fault systeem nog een beroep doen op het aansprakelijkheidsrecht ter verkrijging van zijn restschade, zoals in het Nederlandse ambtenarenrecht het geval is, dan is het niet bezwaarlijk dat hij tevens aanspraak kan maken op een vergoeding op no-fault basis. De merites van zijn claim kunnen dan nog worden beoordeeld op basis van het aansprakelijkheidsrecht, terwijl vanuit dat aansprakelijkheidsrecht tevens een stimulans uitgaat naar werkgevers tot het nemen van maatregelen tegen pesten.

15.6.2 Wijze van toetsing binnen een no-fault systeem

Als psychische ziekte als gevolg van pesten recht kan geven op een vergoeding op no-fault basis rijst de al eerder besproken vraag of het hiervoor voldoende is dat een werknemer aantoont dat hij psychisch ziek is en dat er een relatie bestaat met een gebeurtenis op het werk of dat aan deze gebeurtenis nog bepaalde eisen dienen te worden gesteld. In het Nederlandse ambtenarenrecht wordt – het zij herhaald – de tweede benadering gevolgd. Zoals blijkt uit de in § 15.2.4 bespro-

116 Zie ook § 15.3.6 en § 15.3.7.

117 In het Amerikaanse recht wordt in dit opzicht gesproken over de categorie *mental-mental*. Daarnaast bestaan nog de categorieën *physical-mental* (geestelijk letsel door een fysieke oorzaak) en *mental-physical* (fysiek letsel door een psychische oorzaak). Zie uitgebreider § 9.2.2, in het bijzonder noot 28.

118 Zie Ehrenreich, 88 *Georgetown Law Journal* 1, 1999 en Yamada, 88 *Georgetown Law Journal* 475, 2000.

119 Zie ook § 14.7.5.

ken uitspraken eist de CRvB namelijk dat sprake is van excessieve of abnormale werkomstandigheden. Dat daarvan sprake is, wordt in de praktijk alleen aangenomen als het de werkgever valt te verwijten dat een ambtenaar ziek is geworden als gevolg van pesten op het werk.¹²⁰ In het Amerikaanse recht wordt ook wel de eerste benadering – de *objective causation test* – toegepast, bijvoorbeeld in de uitspraak van het *Michigan Supreme Court* in de zaak *Bach v. Flint Board of Education*.¹²¹

Deze zaak betrof een werkneemster die gedurende twee jaar als secretaresse werkte op een basisschool. Zij stelde dat zij psychisch en fysiek ziek was geworden – hoofdpijn, maagpijn, slapeloosheid, depressie – doordat zij door haar leidinggevende gepest was. Deze leidinggevende zou, op het moment dat de werkneemster gedurende een halve dag afwezig was, gezegd hebben dat zij en anderen een andere functie kregen, zij zou een waarnemend leraar verteld hebben dat de werkneemster ontslagen was, zij zou aan de telefoon gezegd hebben dat de werkneemster niet bereikbaar was terwijl zij dat wel was, zij zou de lof in ontvangst hebben genomen voor een prikbord dat door de werkneemster werd bijgehouden, en ze zou een onjuiste beoordeling hebben gegeven van het functioneren van de werkneemster. De rechters in eerste aanleg en in hoger beroep wezen het verzoek van de werkneemster om *workers' compensation* af omdat zij van mening waren dat de ziekte van de werkneemster het gevolg was van een verkeerde interpretatie door haar van bepaalde gebeurtenissen op het werk.

Het *Michigan Supreme Court* overweegt dat een werknemer aanspraak kan maken op een vergoeding in geval van psychisch letsel indien hij bewijst dat er sprake is van letsel als gevolg van een daadwerkelijke gebeurtenis op het werk en niet van een ingeëelde gebeurtenis, en indien hij aantoont dat deze gebeurtenis een belangrijke oorzaak is van het letsel. Het *Michigan Supreme Court* erkent dat deze toets subjectieve ele-

120 CRvB 9 mei 1994, TAR 1994, 151 en CRvB 26 mei 2004, TAR 2005, 19. Op het Nederlandse ontslagrecht wordt in deze paragraaf niet verder ingegaan. Het is denkbaar dat een werknemer ziek is geworden door pesten op het werk en om die reden een ontslagvergoeding krijgt toegekend, zonder dat wordt vastgesteld of de werkgever van het pesten een verwijt treft. Uitspraken met die strekking ben ik echter niet tegenkomen. In de regel zal, indien sprake is van een serieuze vorm van pesten, tevens sprake zijn van verwijtbaarheid van de werkgever, omdat dan van hem verwacht had mogen worden dat hij maatregelen had genomen om dit pesten te voorkomen of doen stoppen. Dit kan anders zijn als de werkgever niet van het pesten op de hoogte was. In de rechtspraak ben ik daarvan geen voorbeelden tegen gekomen.

121 197 Mich. App. 247, 494 N.W. 2d 815 (1992). Deze zaak is tezamen met twee andere zaken door het *Michigan Supreme Court* beoordeeld onder de naam *Gardner v. Van Buren Public Schools* (de naam van één van de drie zaken), 445 Mich. 23, 517 N.W.2d 1 (1994). Zie hierover M. Gall, "Gardner v. Van Buren Public Schools: Compensating Mental Disabilities under Workers' Compensation", *The Detroit College of Law Review* 1995, p. 223 e.v.

HOOFDSTUK 15

menten bevat omdat de ene werknemer wel ziek zal worden door een bepaalde gebeurtenis en de andere niet, maar oordeelt dat dit niet in de weg staat aan het toepassen van de toets vanwege het leerstuk van de predispositie. Een werkgever moet een werknemer nemen zoals hij is, ook indien hij als gevolg van een extra kwetsbaarheid ziek wordt door een bepaalde gebeurtenis die bij een andere werknemer mogelijk geen ziekte zou veroorzaken. In dit licht bezien acht het *Supreme Court* de uitspraak van de lagere rechters in *Bach* niet juist en verwijst het de zaak terug ter verdere behandeling.

In deze uitspraak wordt door het *Michigan Supreme Court* de *objective causation test* toegepast bij de beoordeling van het causaal verband tussen werk en psychisch letsel. Daarbij geeft in beginsel elke gebeurtenis recht op *workers' compensation* als de werknemer kan aantonen dat hij hierdoor psychisch ziek is geworden. Dit geldt ook indien de ziekte hoofdzakelijk andere oorzaken heeft, maar is 'getriggerd' door omstandigheden op het werk. De invloed van die andere oorzaken wordt dan aan de werkgever toegerekend op basis van de *eggshell skull rule*.¹²² Zoals ik al eerder heb opgemerkt, acht ik de *objective causation* toets te licht, omdat daarbij teveel nadruk wordt gelegd op het bestaan van ziekte als voorwaarde voor het recht op een vergoeding en omdat daarbij niet goed onderscheiden kan worden tussen ziekten die daadwerkelijk het gevolg zijn van het werk en ziekten die veeleer een andere oorzaak hebben, maar waarbij het werk mede de oorzaak is geweest van het op gang komen ervan.¹²³ Een benadering waarbij buitengewone omstandigheden worden geëist als voorwaarde voor het recht op een vergoeding op no-fault basis kent deze mankementen niet en verdient daarom de voorkeur. Wel zal daarbij vaak, direct of indirect, getoetst worden of sprake is van een tekortkoming van de werkgever, doch dit is onvermijdelijk als niet wordt gekozen voor een benadering als de *objective causation test*. Overigens zal bij pesten de zorgplicht van de werkgever niet steeds aan de orde hoeven te komen. Als een werknemer kan aantonen dat sprake is geweest van ernstige pesterijen op het werk, dan staat daarmee, naar ik meen, voldoende vast dat zich buitengewone omstandigheden hebben voorgedaan.¹²⁴ Is niet duidelijk of een werknemer daadwerkelijk gepest is of zijn de pesterijen van lichte aard, dan zal de werknemer nader moeten onderbouwen waarom toch sprake was van buitengewone omstandigheden, bijvoorbeeld door erop te wijzen dat de werkgever wist dat hij gepest werd maar niettemin niet heeft ingegrepen.

122 Zie meer uitgebreid § 9.2.5.

123 Zie ook § 11.4.7, § 12.6, § 13.6.2 en § 14.7.5.

124 Vaak zal dan ook wel sprake zijn van een tekortkoming van de werkgever, alleen al omdat hij dan kennelijk te weinig heeft gedaan om de ernstige pesterijen te voorkomen.

15.7 Smartengeld bij pesten

In de grondrechtelijke benadering geeft pesten recht op smartengeld ook indien niet vaststaat dat van psychische ziekte sprake is. Het pesten als zodanig levert dan een aantasting in de persoon op. Wel dient sprake te zijn van een serieuze vorm van pesten en niet van lichtere vormen van een onheuse bejegening. In de letselschadebenadering, zoals die wordt gevolgd in het Engelse recht, geldt dit niet. Daar is voor het recht op een vergoeding van immateriële schade vereist dat sprake is van een *recognised psychiatric injury*.

Met betrekking tot de vaststelling van de hoogte van het smartengeld kan worden aangesloten bij hetgeen in dit opzicht is opgemerkt over seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras. In het Nederlandse recht is tot nog toe twee keer een bedrag van f 10.000,- toegekend aan smartengeld,¹²⁵ in het Engelse recht één keer een bedrag van £ 20.000,-¹²⁶ en in het Duitse recht één keer een bedrag van DM 15.000,-¹²⁷ en één keer een bedrag van € 40.000,-.¹²⁸ De twee hogere bedragen, van £ 20.000,- en € 40.000,-, zijn daarbij toegekend aan werknemers die ernstig psychisch ziek waren geworden door het pesten. De eerste werknemer had een aanpassings- en angststoornis ontwikkeld, zijn huwelijk was gestrand en hij had problemen met relaties en op het werk, en de tweede werkneemster was uitgevallen wegens zware depressieve klachten, waarvoor een langdurige ziekenhuisopname noodzakelijk was geweest, gevolgd door therapie en medicatie vanuit de thuissituatie.

De hier genoemde bedragen verschillen niet wezenlijk van de bedragen die in verschillende uitspraken zijn toegekend wegens seksuele intimidatie en/of intimidatie op grond van ras, zoals besproken in § 14.8. De bedragen zijn bovendien goed onder te brengen in de categorisering zoals die is aangebracht door het Engelse *Court of Appeal*, waarbij in ernstige gevallen een bedrag toewijsbaar is gelegen tussen de £ 15.000,- en £ 25.000,-; in serieuze gevallen die niet in de zwaarste categorie vallen een bedrag tussen de £ 5.000,- en £ 15.000,- en in de minst ernstige gevallen, dat wil zeggen als sprake is van een eenmalige discriminatie (in dit geval dan 'eenmalig pesten'), een bedrag tussen de £ 500,- en £ 5.000,-.¹²⁹ Weliswaar gelden deze richtlijnen in het Engelse recht alleen voor

125 Ktr. Utrecht 9 augustus 1993, *Prg* 1993, 3939 en Ktr. Zutphen 15 oktober 1991, *Prg* 1992, 3614.

126 *Long v Mercury Mobile Communications Services*, zie § 15.3.5.

127 LAG Rheinland-Pfalz 16.8.2001, *NZA-RR* 2002, 121.

128 AG Dresden 9.7.2003 – 5 Ca 5954/02.

129 *Vento v The Chief Constable of West Yorkshire Police* [2002] EWCA Civ 1871 (Court of Appeal). Omgerekend naar Nederlandse valuta gaat het dan, afgaand op de wisselkoers van 1,148 die eind maart 2005 gold, afgerond om ongeveer de volgende bedragen: € 17.230,- tot € 28.720,-; € 5.745,- tot € 17.230,- en € 574,- tot € 5.745,-.

HOOFDSTUK 15

discriminatie en daaraan gelieerde intimidatie, maar een bredere toepassing lijkt verdedigbaar, indien als uitgangspunt wordt genomen dat pesten op een vergelijkbare wijze dient te worden bestreden als intimidatie/discriminatie.

Het door de Duitse rechter aan smartengeld toegekende bedrag van € 40.000,- gaat uit boven het maximale door de Engelse rechter genoemde bedrag. Daarbij dient evenwel bedacht te worden dat van dit bedrag een gedeelte van € 15.000,- bestemd was als smartengeld voor de geleden en te lijden gezondheidsschade en een gedeelte van € 25.000,- als smartengeld voor de aantasting van het persoonlijkheidsrecht van de werknemster. Niet het gehele bedrag is dus toegekend wegens het pesten als zodanig. In het Duitse recht wordt in dit opzicht een vergelijkbare benadering gevolgd als in het Engelse recht met betrekking tot intimidatie en discriminatie. Ook daarin wordt namelijk, zoals besproken in § 14.8, zo nodig een afzonderlijke vergoeding toegekend voor gezondheidsschade – in de vorm van *psychiatric damage* – in aanvulling op een eventuele vergoeding voor *general damages*. Deze benadering is ook logisch vanuit het gezichtspunt dat discriminatie/intimidatie en ook pesten als zodanig recht geven op smartengeld vanwege de inbreuk die daarmee wordt gemaakt op grondrechten van werknemers. Dit smartengeld heeft dan geen betrekking op eventueel geleden gezondheidsschade, zodat die schade, indien daarvan sprake is, afzonderlijk vergoed dient te worden. Dit kan natuurlijk ook gebeuren door één bedrag aan smartengeld toe te kennen vanwege pesten en daarbij inzichtelijk te maken welk gedeelte is bestemd ter vergoeding van de geleden gezondheidsschade en welk gedeelte als compensatie voor het pesten als zodanig.

15.8 Conclusie

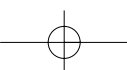
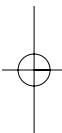
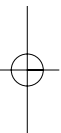
In het Duitse aansprakelijkheidsrecht, en naar het lijkt ook in het Nederlandse, wordt pesten beschouwd als een vorm van intimidatie vergelijkbaar met seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras. De werkgever heeft daarom een verplichting om pesten als zodanig te voorkomen en niet alleen mogelijke gezondheidsschade als gevolg ervan. In het Engelse aansprakelijkheidsrecht ligt dit anders. Daar behoeft een werkgever alleen maatregelen te nemen als voorzienbaar is dat een werknemer door pesten ziek zal worden. In het Amerikaanse recht leidt pesten niet snel tot aansprakelijkheid. Alleen in geval van *outrageous* gedrag van de werkgever kan deze voor de gevolgen daarvan aansprakelijk worden gehouden. Dit gebeurt echter zelden.

In het Nederlandse en het Duitse recht, en tot op zekere hoogte ook in het Engelse recht, omvat de verplichting van de werkgever om (ziekte door) pesten te voorkomen zowel een meer algemene verplichting om preventieve maatregelen te nemen tegen pesten als een verplichting in het concrete geval om een bepaalde werknemer tegen pesten te beschermen. Vindt het pesten niet door de werkgever zelf plaats, maar door chefs en/of collega's, dan ontstaat deze concrete verplichting op het moment dat het de werkgever kenbaar is of behoort te

zijn dat een bepaalde werknemer gepest wordt of dat hierop een reëel risico bestaat. Pesten door de werkgever zelf is vrijwel steeds onrechtmatig.

Een werkgever kan naar Duits en Nederlands recht ook kwalitatief aansprakelijk worden gehouden voor pesten van een werknemer. In het Engelse recht bestaat deze mogelijkheid in theorie ook, maar zijn nog geen uitspraken te vinden waarin daadwerkelijk kwalitatieve aansprakelijkheid voor pesten is aangenomen. In het Nederlandse recht is de kwalitatieve aansprakelijkheid een vorm van risicoaansprakelijkheid, terwijl in het Duitse recht wordt gewerkt met het *Organisationsverschulden*, een mengvorm van risicoaansprakelijkheid en foutaansprakelijkheid. Een dergelijke vorm van kwalitatieve aansprakelijkheid past goed bij het opzettelijk karakter van pesten. Dezelfde bescherming kan overigens worden geboden door een ruime vorm van foutaansprakelijkheid die zich ook uitstrekt tot gedragingen van ondergeschikten, zoals in het Nederlandse recht het geval is. Omdat pesten in het Duitse recht wordt beschouwd als een inbreuk op de grondrechten van een werknemer vindt sanctiëring ervan plaats op basis van het aansprakelijkheidsrecht en niet via de collectieve ongevallenverzekering zoals neergelegd in het SGB. Naar Nederlands recht is in het ambtenarenrecht wel vergoeding op no-fault basis mogelijk van de gevolgen van pesten, maar die vergoeding is niet exclusief. Een ambtenaar kan daarnaast nog vergoeding van zijn restschade vorderen op basis van het aansprakelijkheidsrecht. In het Amerikaanse recht kan pesten aanspraak geven op *workers' compensation* indien vast komt te staan dat een werknemer psychisch ziek is geworden door pesten op het werk. *Workers' compensation* is dan in beginsel de *exclusive remedy*. Dit lijkt een minder gelukkige aanpak omdat daarmee geen recht wordt gedaan aan het uitgangspunt dat pesten, als zijnde een inbreuk op de grondrechten van werknemers, niet kan worden beschouwd als een risico dat inherent is aan het verrichten van werkzaamheden, en werkgevers in een dergelijke benadering bovendien niet worden gestimuleerd om maatregelen tegen pesten te nemen.

Pesten geeft naar Duits recht aanspraak op smartengeld, ook indien geen geestelijk letsel is ontstaan. Ook in het Nederlandse recht is dit waarschijnlijk het geval, maar volledige duidelijkheid hierover is er nog niet. In het Engelse recht bestaat alleen recht op een vergoeding voor immateriële schade wegens pesten als sprake is van een *recognised psychiatric injury*. De richtlijnen die het Engelse *Court of Appeal* heeft ontwikkeld ten aanzien van de omvang van smartengeld bij discriminatie/intimidatie lijken ook geschikt voor toepassing bij pesten.



16. Psychisch letsel als gevolg van personeelsbeslissingen

16.1 Inleiding en plan van behandeling

Werkgerelateerd psychisch letsel kan, behalve door de in de vorige hoofdstukken genoemde oorzaken, ook ontstaan door onzorgvuldig handelen van de werkgever bij het nemen van beslissingen die de belangen van werknemers raken (in het vervolg aangeduid als 'personeelsbeslissingen').¹ De inhoud van een dergelijke beslissing kan onzorgvuldig zijn, maar ook de wijze waarop de beslissing genomen wordt. Voorbeelden zijn het ten onrechte beschuldigen van een werknemer, een onterechte schorsing, onzorgvuldig geuite kritiek op het functioneren, een onbehoorlijke stijl van leidinggeven, het niet volgen van de eigen disciplinaire procedures, het bieden van onvoldoende begeleiding aan een werknemer, het niet verstrekken van zekerheid aan een werknemer over het behoud van zijn arbeidsplaats etc. Veelal gaat het in deze categorie niet om verplichtingen van de werkgever ten aanzien van de gezondheid en veiligheid van de werknemer, maar om fatsoensnormen die de werkgever, en diens leidinggeven, in acht moeten nemen.² Dit kan echter anders zijn indien voorzienbaar is dat een bepaalde beslissing of andere handeling psychische ziekte bij een werknemer teweeg zal brengen. Is een beslissing bijvoorbeeld in ernstige mate onzorgvuldig of is het de werkgever bekend dat een bepaalde werknemer psychisch kwetsbaar is, dan kan wel degelijk gezegd worden dat de normen die de werkgever in acht moet nemen bij het nemen van zijn beslissing (mede) strekken ter voorkoming van psychisch letsel en niet (alleen) tot het nemen van een correcte beslissing. Zowel zorgvuldige als onzorgvuldige personeelsbeslissingen kunnen psychische ziekte veroorzaken. In het tweede geval zal de onzorgvuldige aard van de beslissing doorgaans mede bepalend zijn voor het ontstaan van de ziekte. In het eerste geval zullen het met name de consequenties van de beslissing zijn – denk bijvoorbeeld aan schorsing of ontslag – die de oorzaak van de psychische ziekte vormen. Kenmerkend voor onzorgvuldige personeelsbeslissingen als oorzaak van psychisch letsel is dat de toerekeningsvraag (van artikel 6:98 BW) hierbij een belang-

-
- 1 Vaak zal er ook sprake zijn van een combinatie van oorzaken, zoals opgemerkt in hoofdstuk 10. Zie bijvoorbeeld HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84; *RvdW* 2005, 37 (ABN AMRO/Nieuwenhuys) en hetgeen ik daarover heb opgemerkt in noot 53 in § 13.4.2.
 - 2 Lindenberg heeft deze categorie in iets beknoptere bewoordingen omschreven als "specifieke arbeidsgerelateerde normen, zoals voorschriften of fatsoensnormen met betrekking tot sollicitaties, functioneringsgesprekken, briefwisseling, reorganisatie en dergelijke." Zie S.D. Lindenberg, "Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade", *AV&S* 2003, p. 17.

HOOFDSTUK 16

rijke rol speelt. Anders dan bij oorzaken als pesten, intimidatie wegens sekse of ras en langdurige overbelasting, ligt het bij personeelsbeslissingen vaak minder voor de hand dat een werknemer hierdoor een psychische ziekte ontwikkelt.³ Pesten, intimidatie wegens sekse of ras en overbelasting spelen zich namelijk veelal gedurende een langere periode af en hebben (mede) daardoor een ernstiger karakter, terwijl bij personeelsbeslissingen vaker sprake is van meer incidentele gebeurtenissen. Daarnaast zullen pesten, intimidatie wegens sekse of ras en langdurige overbelasting, vanwege de aard ervan, vaak ernstiger gevolgen hebben voor de gezondheid dan een personeelsbeslissing. De normschending bij pesten, intimidatie en ernstige overbelasting wordt in het algemeen ook als ernstiger gezien dan de normschending bij personeelsbeslissingen. Gelet op het criterium van de aard van de aansprakelijkheid, zoals dit wordt genoemd in artikel 6:98 BW, wijst ook dat element in de richting van een minder ruime toerekening van schade bij onzorgvuldige personeelsbeslissingen dan bij pesten, intimidatie en ernstige overbelasting.

Een tweede kenmerk van de categorie personeelsbeslissingen is dat deze steeds door de werkgever zelf worden genomen of door leidinggevenden van wie het handelen aan de werkgever moet worden toegerekend. Het komt dus steeds aan op een beoordeling van de rechtmatigheid van het handelen van de werkgever. Dat betekent dat kwalitatieve aansprakelijkheid bij personeelsbeslissingen geen rol speelt. Als er al sprake is van onrechtmatig handelen, betreft dit handelen van de werkgever zelf en niet van zijn ondergeschikten. Het betekent ook dat de aansprakelijkheid voor psychische ziekte als gevolg van personeelsbeslissingen vrijwel steeds aansprakelijkheid voor eigen handelen is en geen aansprakelijkheid voor nalaten, zoals veelal het geval is bij pesten of intimidatie wegens sekse of ras door ondergeschikten of bij overbelasting. Aan het kenbaarheidsvereiste dat bij de aansprakelijkheid voor nalaten een belangrijke rol speelt – dat wil zeggen dat de werkgever weet of behoort te weten dat een werknemer bloot staat aan het risico van psychische ziekte indien geen maatregelen worden genomen – komt bij personeelsbeslissingen daarom weinig tot geen betekenis toe.

Omdat bij personeelsbeslissingen steeds een beoordeling dient plaats te vinden van de rechtmatigheid van het handelen van de werkgever is, zoals we nog zullen zien in dit hoofdstuk, vergoeding op no-fault basis problematisch. Veelal zal

3 Personeelsbeslissingen vallen, evenals pesten, seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras en overbelasting, in de categorie 'psychische oorzaak van psychisch letsel' in die zin dat de verplichtingen die de werkgever heeft ter voorkoming van psychische ziekten door deze gedragingen/gebeurtenissen primair strekken ter voorkoming van psychisch letsel en niet ter voorkoming van fysiek letsel, zoals bij verplichtingen ter voorkoming van shockschade en angstscha- de. Daarom wordt hier alleen een vergelijking gemaakt met intimidatie, pesten en overbelasting en niet ook met shockschade en angstscha- de. Zie over dit onderscheid verder hoofdstuk 10.

toch direct of indirect moeten worden getoetst of sprake is van tekortschieten door de werkgever.

Een onrechtmatige personeelsbeslissing kan, evenals pesten en intimidatie wegens sekse of ras, recht geven op een vergoeding van immateriële schade, ook indien geen sprake is van geestelijk letsel. Het moet dan wel gaan om een ernstige tekortkoming van de werkgever.

Uit deze typering van het karakter van personeelsbeslissingen vloeit reeds voort welke aspecten daarvan nadere aandacht behoeven bij bespreking van de vraag in hoeverre psychische ziekte als gevolg van deze beslissingen recht geeft op een vergoeding. Relevant is vooral aan welke normen een personeelsbeslissing moet voldoen om als rechtmatig te kunnen worden aangemerkt. Hierop zal worden ingegaan in § 16.2 en § 16.3. Ten tweede verdient de toerekeningsproblematiek nadere aandacht. Deze zal daarom aan de orde komen in § 16.4. Kwalitatieve aansprakelijkheid speelt, zoals gezegd, geen rol, en zal daarom niet nader worden belicht. De vraag wanneer recht bestaat op een vergoeding van immateriële schade door een onzorgvuldige personeelsbeslissing zal worden besproken in § 16.5 en de mogelijkheden en onmogelijkheden van vergoeding op no-fault basis zullen worden geanalyseerd in § 16.6. Uiteraard zullen deze vraagstukken steeds belicht worden aan de hand van opvattingen daarover in de rechtspraak en literatuur in het Nederlandse, Engelse, Duitse en Amerikaanse recht.

Ik zal in dit hoofdstuk geen cijfers noemen over de mate waarin psychische ziekte als gevolg van personeelsbeslissingen voorkomt en ook geen achtergrondinformatie over risicogroepen en risicofactoren, omdat dergelijke gegevens er niet zijn. Vanwege de variatie in mogelijk onzorgvuldige personeelsbeslissingen en het veelal incidentele karakter ervan is het ondoenlijk om onderzoek te doen naar de mate waarin zij voorkomen. Verder zijn er geen specifieke risicogroepen en risicofactoren voor het krijgen van psychisch letsel door een personeelsbeslissing. In beginsel kan elke werknemer te maken krijgen met een hem onwelgevallige personeelsbeslissing. Of daardoor ziekte ontstaat, hangt af van een veelheid van omstandigheden en is moeilijk in abstracto te voorspellen. Bepalend is vooral de aard van de beslissing. Zo blijkt uit onderzoek dat met name reorganisatie, functieverlies, ontslag en dergelijke ingrijpende psychische gevolgen kunnen hebben.⁴ Dit hoeft niet in gelijke mate het geval te zijn bij andere, 'lichtere', beslissingen op het vlak van, bijvoorbeeld, doorstroming, gelijke behandeling, beoordelingen e.d.

4 Zie hierover het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB) in haar *Signaleringsrapport 2004*, Amsterdam 2004. Het NCvB stelt vast dat 'reorganisatiestress' en de gevolgen daarvan zoals functieverlies, verplichte overplaatsing, ontslagdreiging een belangrijke oorzaak zijn van ziekten als overspannenheid en burn-out en vraagt daarom specifiek aandacht hiervoor. Zie onder meer p. 37-38 en p. 42. Naar aanleiding hiervan heeft de staatssecretaris voor SZW opgemerkt dat reorganisaties vaak onvermijdelijk zijn, doch dat organisaties daarbij de menselijke factor niet uit het oog moeten verliezen: TK, niet-dossierstuk, szw0400763, p. 3.

HOOFDSTUK 16

16.2 Verplichtingen ter voorkoming van psychische ziekte door personeelsbeslissingen (normen voor een zorgvuldige personeelsbeslissing): rechtsvergelijkend overzicht

16.2.1 *Plan van behandeling*

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht welke normen naar Nederlands, Engels, Duits en Amerikaans recht gelden voor een zorgvuldige personeelsbeslissing. Daarbij zal in het bijzonder gekeken worden naar verplichtingen ter voorkoming van psychische ziekte, maar ook meer algemene zorgvuldigheidsverplichtingen zullen worden besproken, omdat ook deze, afhankelijk van de omstandigheden, kunnen strekken ter bescherming tegen psychische ziekte. Evenals in de vorige hoofdstukken zal aan de orde komen dat een meer grondrechtelijke benadering van onzorgvuldige personeelsbeslissingen mogelijk is, waarbij recht bestaat op een vergoeding van immateriële schade ook als geen sprake is van psychische ziekte en waarbij het voorzienbaar zijn van ziekte geen voorwaarde is voor aansprakelijkheid, en een benadering vanuit de optiek van letselschade, waarbij alleen recht bestaat op schadevergoeding als sprake is van een psychische ziekte en waarbij het kenbaar zijn van een risico op ziekte een voorwaarde is voor aansprakelijkheid. In de derde plaats zal worden onderzocht of de toets of sprake is van een onzorgvuldige personeelsbeslissing een volle of een marginale toets is en ten vierde zal ook hier de grondslagendiscussie aangestipt worden, dus de vraag of op de voet van artikel 7:658 BW schadevergoeding kan worden verkregen voor een onzorgvuldige personeelsbeslissing of dat artikel 7:611 BW hiervoor een meer geschikte grondslag vormt. Ter beantwoording van deze vragen zal eerst in § 16.2.2 tot en met § 16.2.5 een overzicht worden gegeven van relevante rechtspraak en literatuur in het Nederlandse en buitenlandse recht, waarna vervolgens in § 16.3 meer specifiek op genoemde vragen zal worden ingegaan.

16.2.2 *Normen voor een zorgvuldige personeelsbeslissing naar Nederlands recht*

Uitgangspunt in het Nederlandse recht is dat een personeelsbeslissing zowel qua inhoud als qua wijze van totstandkoming zorgvuldig moet zijn. Dit volgt uit de verplichting van artikel 7:611 BW, inhoudende dat een werkgever verplicht is zich als een goed werkgever te gedragen (en de werknemer als een goed werknemer), en ook uit de basisgedachte die aan het gehele BW ten grondslag ligt, namelijk dat contractspartners zich tegenover elkaar dienen te gedragen in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid.⁵ Specifiek met betrekking tot psychische ziekte brengt deze verplichting mee dat een werkgever dient te voorkomen dat een werknemer psychisch ziek wordt door een onzorgvuldige

5 Vgl. art. 6:248 BW, waarvan art. 7:611 BW weer een nadere concretisering is voor het arbeidsrecht.

personeelsbeslissing.⁶ In de rechtspraak is deze algemene zorgvuldigheidsverplichting nader uitgewerkt in verschillende subverplichtingen. In deze paragraaf zullen een aantal van deze subverplichtingen worden geanalyseerd. Daarbij wordt alleen ingegaan op die verplichtingen die door rechters zijn vastgesteld in zaken waarin een werknemer door schending van die verplichtingen psychisch ziek was geworden. Daarnaast zijn natuurlijk nog vele andere zorgvuldigheidsverplichtingen denkbaar, maar deze worden hier niet of slechts globaal besproken.⁷

Schending informatieplicht

In de Nederlandse rechtspraak zijn verschillende uitspraken te vinden in zaken waarin een werknemer psychisch ziek was geworden doordat zijn werkgever hem geen of te weinig informatie had verstrekt over voor hem belangrijke beslissingen of over de redenen daarvoor. Een bekend voorbeeld hiervan is het arrest in de zaak Nuts/Hofman.⁸ In deze zaak ging het om een werknemer, Hofman, die, naar zijn zeggen volkomen onverwacht, na 25 jaar dienstverband te horen kreeg dat er bedenkingen waren tegen zijn functioneren. Als gevolg hiervan raakte hij op psychische gronden arbeidsongeschikt. Vervolgens weigerde Nuts, ondanks herhaalde verzoeken daartoe van Hofman, om deze bedenkingen toe te lichten. Hofman stelde dat zijn ziekte hierdoor verergerd was. Hij vorderde vergoeding van de schade die hij als gevolg hiervan leed, op grond van artikel 1638z (oud) BW (de voorloper van artikel 7:611 BW) juncto artikel 1637w (oud) BW (grondslag voor schadevergoeding voor immateriële schade in verband met wanprestatie). De rechtbank wees deze vordering toe.

De Hoge Raad liet het oordeel van de rechtbank in stand dat een goed werkgever gehouden is om gehoor te geven aan talrijke verzoeken van een werknemer tot het verschaffen van nadere toelichting en opheldering omtrent bij de werkgever gerezen bedenkingen omtrent het functioneren van de werknemer. Het motief dat Nuts als rechtvaardiging van haar weigering had aangevoerd, te weten dat Hofman wegens zijn psychische gesteldheid tegen een zodanige reactie niet opgewassen zou zijn, kon niet als redelijke grond voor de weigering gelden, nu Hofman zelf, evenals zijn raadsman, herhaaldelijk en met aandrang om de reactie had gevraagd.

-
- 6 In het aansprakelijkheidsrecht is voor het recht op schadevergoeding vereist dat een personeelsbeslissing onrechtmatig is. In het ontslagrecht kan ook een onzorgvuldige beslissing recht geven op een ontslagvergoeding. Een beslissing die onrechtmatig is, is steeds ook onzorgvuldig.
 - 7 Zie voor een analyse van de norm van het goed werkgeverschap vanuit meer algemeen perspectief, dus niet vanuit het perspectief van psychische arbeidsongeschiktheid: G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Reeks VvA 29, Deventer 1999. Zie ook M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Deventer 1999.
 - 8 HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667.

HOOFDSTUK 16

De uitspraak in Nuts/Hofman maakt duidelijk dat een werkgever gehouden is om de redenen voor kritiek op het functioneren van een werknemer toe te lichten, zeker indien deze daar herhaaldelijk om vraagt. Doet de werkgever dat niet en raakt de werknemer daardoor psychisch arbeidsongeschikt of verergeren reeds bestaande klachten, dan is de werkgever voor de schade als gevolg daarvan aansprakelijk.

Een ander voorbeeld van schending door de werkgever van zijn verplichting om een werknemer correct te informeren over de redenen voor een personeelsbeslissing is te vinden in het arrest Van der Peijl/Erasmus College.⁹ Docent aardrijkskunde Van der Peijl was psychisch arbeidsongeschikt geworden nadat zijn werkgever, het Erasmus College, had geweigerd om zijn tijdelijke aanstelling om te zetten in een vaste en eveneens had geweigerd hem de (ware) gronden daarvan mee te delen. Het hof oordeelde dat de werkgever onrechtmatig had gehandeld door de reden voor het niet verlengen van de aanstelling niet mee te delen. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand. Ook hier was dus een informatieverplichting geschonden, namelijk de verplichting om een werknemer mee te delen waarom hij geen vaste aanstelling krijgt en waarom zijn aanstelling niet verlengd wordt. Aan Van der Peijl werd echter, anders dan aan Hofman, geen schadevergoeding toegekend omdat de Hoge Raad van oordeel was dat de schade van Van der Peijl te ver buiten de normale lijn der verwachting lag en dat geen sprake was van een nadeel dat recht gaf op smartengeld.¹⁰

Schending van de informatieplicht door de werkgever was ook aan de orde in een uitspraak van de kantonrechter Amsterdam in een zaak waarin een werkneemster stelde psychisch ziek te zijn geworden door tegenstrijdige berichtgeving over het mogelijk vervallen van haar arbeidsplaats en de consequenties daarvan.¹¹ De werkgever in deze zaak had de werkneemster eind 1993 bericht dat haar afdeling wegens reorganisatie naar Amsterdam verplaatst zou worden, maar dat zij voorlopig in Den Haag kon blijven werken. Daarna had de werkgever de werkneemster tot twee keer toe bericht dat zij in Amsterdam moest gaan werken, maar had hij haar eveneens één keer laten weten dat zij toch in Den Haag kon blijven. Uiteindelijk was ook een functie in Den Haag gevonden. De werkneemster was inmiddels een galerie begonnen in de verwachting dat zij een ontslagvergoeding zou krijgen die zij als startsubsidie zou kunnen gebruiken, maar deze kwam uiteindelijk niet en de galerie ging ten onder. De werkneemster vorderde vervolgens schadevergoeding op grond van artikel 7:611 BW vanwege het ter ziele gaan van haar galerie en omdat zij ziek was geworden door de gang van zaken.

⁹ HR 27 februari 1987, *NJ* 1987, 584.

¹⁰ Zie over de toerekeningsaspecten van dit arrest: § 16.4.1.

¹¹ Ktr. Amsterdam 7 mei 1996, *JAR* 1996, 134.

PSYCHISCH LETSEL ALS GEVOLG VAN PERSONEELSBESLISSINGEN

De kantonrechter stelt vast dat de werkgever geen toezeggingen heeft gedaan ten aanzien van de startsubsidie voor de galerie. Wel heeft de werkgever, door steeds wisselende standpunten in te nemen over de positie van de werkneemster, onvoldoende zorgvuldigheid jegens haar betracht en in strijd gehandeld met de verplichtingen van een goed werkgever. Dit geldt ook voor het onvoldoende gemotiveerd afwijken van het oordeel van de toetsingscommissie. Aan de werkneemster komt een vergoeding voor immateriële schade toe van f 5.000,-, nu vast staat dat zij kort na het onjuiste bericht van de werkgever dat er geen passende functie in Den Haag was op psychische gronden arbeidsongeschikt is geworden en het bericht van de werkgever hier zeker aan zal hebben bijgedragen. Voor een hogere schadevergoeding is geen plaats omdat het, gezien de minder goed voorbereide investering van de werkneemster in de galerie, niet aannemelijk is dat de psychische problemen van de werkneemster uitsluitend aan de werkgever kunnen worden geweten.

Een werkgever dient derhalve te vermijden dat hij een werkneemster steeds wisselende informatie doet toekomen over het al dan niet vervallen van haar arbeidsplaats.

Onjuiste beschuldiging

Een waarschijnlijk belangrijker bron van psychisch leed als gevolg van een onzorgvuldige personeelsbeslissing dan schending door de werkgever van zijn informatieverplichting, is het uiten door de werkgever van onjuiste beschuldigingen aan het adres van de werknemer. Een voorbeeld hiervan is te vinden in een uitspraak van de kantonrechter Amsterdam uit 1998¹² in de zaak van een werkneemster die door haar werkgever, een bank, ervan werd beschuldigd dat zij kastekorten had veroorzaakt. Zij werd vervolgens langdurig ondervraagd door een medewerker van de afdeling Concern Veiligheidszaken. De werkneemster legde in rechte een verslag van de ondervraging over. Daarin stelde zij dat de medewerker tegen haar zei: "Dit was je grootste klapper, wat dacht je, ik ga nog even shoppen voor de kerstmis," alsook "dat ik het gedaan had volgens hem en dat ik moest bekennen" en "dat ik misschien niet alle 12 keer had gestolen, maar op z'n minst toch twee keer en als ik twee dingen bekende dat hij dan verder kon (...) en ik veel makkelijker zou slapen." Na de ondervraging heeft de werkneemster zich ziek gemeld wegens overspannenheid. De werkgever heeft de werkneemster daarna schriftelijk bericht dat hij haar vanwege de verdenkingen niet wilde handhaven in haar functie en dat hij het dienstverband wilde beëindigen. Enige tijd later heeft de werkgever de werkneemster echter uitdrukkelijk gerehabiliteerd met betrekking tot de kastekorten en heeft hij een verklaring uitgegeven binnen de organisatie. De werkgever heeft echter geweigerd om een vergoeding van immateriële schade aan de werkneemster te betalen. Daarop heeft zij zich tot de rechter gewend.

12 Ktr. Amsterdam 28 mei 1998, JAR 1998, 145.

HOOFDSTUK 16

De rechter stelt vast dat onvoldoende betwist is dat de arbeidsongeschiktheid van de werknemer gedurende vijf maanden in direct verband staat met de ondervraging en de aanpak van de werkgever nadien. Naar het oordeel van de rechter is het, wanneer een werknemer gemotiveerd aangeeft dat een ondervraging niet fair is geweest en niet aan de daaraan te stellen eisen heeft voldaan, aan de werkgever om te stellen en te bewijzen dat wel van een faire ondervraging sprake is geweest en dat wel aan een goede standaard is voldaan. De werkgever heeft geen bewijs geleverd op dit punt en ook geen concreet bewijsaanbod gedaan. Daarom wordt aangenomen dat de ondervraging is gegaan zoals de werknemer heeft aangegeven. Dat leidt tot de conclusie dat de werkgever ten aanzien van de ondervraging ernstig in zijn verplichtingen is tekortgeschoten. Ook de brief waarbij de werknemer uit haar functie is ontheven vanwege de verdenking van diefstal, is, gezien de afwezigheid van bewijs daarvoor, onzorgvuldig. Nu het causaal verband tussen de ondervraging en verdere aanpak en de ziekte onvoldoende is betwist en het ook overigens niet buiten de lijn van de normale verwachtingen ligt dat de wijze van ondervraging en de aanpak nadien, uitval wegens ziekte teweeg kan brengen, is er naar het oordeel van de kantonrechter reden om op de voet van artikel 6:106 BW een schadevergoeding toe te kennen. Gelet op de omstandigheden van het geval bepaalt de rechter deze op f 15.000,-.

De verplichting die de werkgever in deze uitspraak heeft geschonden, houdt in dat een werknemer die beschuldigd wordt van kastekorten op faire en zorgvuldige wijze moet worden ondervraagd en dat zij niet uit haar functie ontheven mag worden en met ontslag bedreigd als er onvoldoende bewijzen zijn dat de beschuldigingen correct zijn.

In een uitspraak van de kantonrechter Alkmaar was sprake van een onjuiste beschuldiging van seksuele intimidatie van een werknemer.¹³ De kantonrechter oordeelde in deze zaak dat de werknemer ten onrechte was geschorst, omdat dit was gebeurd op grond van nog zeer vage klachten en de werknemer niet tevoren was gehoord. Verder was de schorsing intern meegedeeld, waardoor de reputatie van de werknemer was geschaad. Voorts had de klachtencommissie niet juist gehandeld jegens de werknemer door een te vage klacht in behandeling te nemen, termijnen te overschrijden, de werknemer onvoldoende in te lichten en toe te staan dat op een later moment in de procedure nog klachten werden toegevoegd zonder motivering. De kantonrechter kende daarom aan de werknemer – die uiteindelijk werd gerehabiliteerd – een vergoeding van immateriële schade toe van f 25.000,-.¹⁴

Ook de ambtenarenrechter heeft zich meerdere keren gebogen over zaken waarin sprake was van onterechte beschuldiging van een ambtenaar.¹⁵ In een zaak

13 Ktr. Alkmaar 19 augustus 1998, *JAR* 1998, 191.

14 Zie over deze zaak ook: § 14.4.2.

15 Zie CRvB 7 augustus 2003, *TAR* 2003, 189 en CRvB 27 september 2001, *TAR* 2002, 2. De tweede uitspraak zal hier verder niet worden besproken omdat de CRvB daarin in het midden liet of de werkgever onrechtmatig had gehandeld door een ambtenaar van fraude te beschuldigen en haar daarom op non- ➔

waarin twee politieambtenaren waren beschuldigd van aanranding en verkrachting van een medewerkster van het politiekorps, om die reden waren geschorst en ontslagen, kende de rechtbank aan hen een vergoeding toe van f 5.000,- in verband met aantasting van hun eer en goede naam. De CRvB oordeelde dat daarnaast aan één van de twee ambtenaren nog een aanvullende vergoeding toekwam van € 2.300,-¹⁶ in verband met de psychiatrische ziekte die voor hem het gevolg was geweest van de beschuldiging, de schorsing en het ontslag. De werkgever had al eerder per ambtenaar een vergoeding van f 2.500,- betaald in verband met de onterechte schorsing. De rechters behoeften zich in deze zaak niet uit te spreken over de onrechtmatigheid van de besluiten van de werkgever als zodanig omdat de werkgever de besluiten zelf reeds had ingetrokken. Wel merkte de CRvB nog op dat aan de werkgever verweten kon worden dat deze een volstrekt onjuiste beoordeling had gemaakt van de feiten met betrekking tot de aan de ambtenaren verweten gedragingen.

In een uitspraak van de rechtbank Almelo, die ook betrekking had op een beschuldiging van seksueel misbruik van een ambtenaar, werd meer in detail ingegaan op de mate waarin de werkgever onrechtmatig had gehandeld.¹⁷ Het ging in die zaak om een ambtenaar die op enig moment op non-actief werd gesteld wegens verdenking van seksueel misbruik van een vrouwelijke collega twee dagen daarvoor. Door de werkgever werd ook aangifte gedaan. De ambtenaar werd echter vrijgesproken van de tegen hem ingebrachte verdenkingen. Partijen bereikten vervolgens overeenstemming over een afvloeiingsregeling. De werkgever was echter niet bereid om aan de ambtenaar een afzonderlijke vergoeding voor immateriële schade toe te kennen. De rechtbank acht dit onterecht.

De rechtbank overweegt in dit opzicht dat, gelet op de ernst van de beschuldiging, destijds in ieder geval de politie en een arts gewaarschuwd hadden moeten worden. De werkgever heeft verklaard dat de werkleidster, die indertijd geconfronteerd werd met het vermoeden van ernstig seksueel misbruik van één van haar medewerkers, getracht heeft telefonisch contact op te nemen met de leiding en diverse staffunctionarissen, waaronder de bedrijfsarts en de vertrouwenspersoon seksuele intimidatie, maar dat afgezien van haar directe chef niemand bereikbaar was vanwege vergaderingen buiten de deur en het tijdstip van het voorval, vrijdagmiddag om 16.00 uur. De rechtbank is van oordeel dat de werkgever er als werkgever zorg voor had moeten dragen, dat ook op het tijdstip van het voorval, zijnde in de reguliere werktijd, een

actief te stellen. De werkgever had de ambtenaar twee jaar later gerehabiliteerd, maar de CRvB zag geen grond voor toekenning van een vergoeding van kosten voor rechtsbijstand voor de bezwaarfase omdat daarop alleen recht bestaat als een besluit tegen beter weten in is genomen, hetgeen volgens de CRvB niet het geval is. Voor de toekenning van smartengeld was geen ruimte aldus de CRvB, omdat niet was komen vast te staan dat de ambtenaar psychisch ziek was geworden door het werk.

16 De gulden was halverwege de procedure vervangen door de euro.

17 Rb. Almelo 20 september 1999, TAR 1999, 162.

HOOFDSTUK 16

adequate afhandeling van de tegen de ambtenaar gerichte klacht mogelijk zou zijn geweest. De omstandigheid dat de deskundige staffunctionarissen niet aanwezig of bereikbaar waren, dient de werkgever te worden aangerekend. Bovendien is gebleken dat er geen protocol inzake seksuele intimidatie voorhanden was. De door medewerkers van de werkgever op 29 maart 1996 gevolgde handelwijze leidde er niet alleen toe dat de ambtenaar beschuldigd werd van seksueel misbruik, maar had ook tot gevolg dat die beschuldiging naderhand niet meer op basis van objectieve gegevens kon worden weerlegd. De rechtbank acht het niet onaannemelijk dat de ambtenaar zich door deze gang van zaken geschaad voelt in zijn eer of goede naam als bedoeld in artikel 6:106 lid 1 BW. Het besluit tot afwijzing van het verzoek om smartengeld komt daarom voor vernietiging in aanmerking.

In deze uitspraak wordt meer in detail aangegeven dat, als sprake is van een ernstige beschuldiging, direct de politie en een arts gewaarschuwd moeten worden en dat iemand bereikbaar moet zijn, ook al is het vrijdagmiddag 16.00 uur, om maatregelen te nemen. Doordat dit niet is gebeurd zijn beschuldigingen geuit die vervolgens niet onderbouwd bleken te kunnen worden. Aldus is door de werkgever onrechtmatig gehandeld. Dit is ook het geval omdat geen protocol inzake seksuele intimidatie voorhanden was, zodat het voor de medewerkers niet duidelijk was hoe zij met de klacht over seksuele intimidatie moesten omgaan.

Niet in alle gevallen worden de gevolgen van een onjuiste beschuldiging van seksueel misbruik aan de werkgever toegerekend. In een zaak waarin jegen een docent beschuldigingen waren geuit door ouders en leerlingen, die achteraf onjuist bleken te zijn, oordeelde de CRvB dat geen sprake was van abnormale of excessieve werkomstandigheden, dit omdat de kans op dergelijke beschuldigingen in de onderwijssituatie van de docent (onderwijs op een school voor ZMLK-kinderen) groot is.¹⁸ Kennelijk vond de CRvB dat er in het geval van de docent geen sprake was van bijzondere omstandigheden, zoals tekortschieten door de werkgever. De CRvB overwoog daarnaast dat het gedurende zes weken schorsen van de docent niet tot een andere conclusie leidde, omdat hierbij sprake was van een ordemaatregel die gelet op de gebeurtenissen passend was te achten. De werkgever had dus ook in dit opzicht volgens de CRvB niet onjuist gehandeld.¹⁹

18 CRvB 21 januari 1999, nr. 97/ 4384 AW, *LJN* AA8682. De rechtbank had in eerste aanleg overigens anders geoordeeld.

19 Vermeldenswaard is nog een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 14 juli 2004, *JAR* 2005, 61, waarin de moeder van een leerlinge die haar leraar ten onrechte had beschuldigd van seksuele intimidatie, werd veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding, zowel vanwege eigen onrechtmatig handelen als, in de hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordigster van haar dochter, vanwege het onrechtmatig handelen van die dochter. Aansprakelijkheid van de school zelf was in deze zaak niet aan de orde.

Ontslag en reorganisatie

Verschillende zorgvuldigheidsnormen zijn ontwikkeld in de context van beslissingen en voorstellen rondom ontslag van een werknemer. Zo kan uit het arrest Kuivenhoven/De Combinatie van de Hoge Raad worden afgeleid dat een werkgever onzorgvuldig handelt indien hij, zonder daarvoor een goede reden te hebben, tijdens ziekte van een werkneemster voorstelt het dienstverband te beëindigen.²⁰ In deze zaak gold dat nog des te meer, omdat de werkneemster een traumatisch verleden had, hetgeen de werkgever bekend was. De betreffende werkneemster kreeg tijdens haar dienstverband een relatie met het sectorhoofd, tevens waarnemend directeur van de werkgever. Op enig moment werd het sectorhoofd arbeidsongeschikt. Ongeveer een half jaar later vond er een gesprek plaats tussen de werkgever en de werkneemster. Daarbij werd de werkneemster geconfronteerd met klachten van collega's die zich binnen de werkkring niet vrij meer voelden vanwege de relatie tussen de werkneemster en het sectorhoofd. Tijdens het gesprek werd ook gesproken over beëindiging van de arbeidsrelatie. Na het gesprek is de werkneemster ziek geworden. De werkgever heeft met toestemming van de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening de arbeidsovereenkomst opgezegd. De werkneemster heeft vervolgens in rechte schadevergoeding gevorderd uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag en/of op grond van artikel 7A:1638z (oud) BW. De rechtbank heeft haar vordering afgewezen.

De Hoge Raad casseert, op grond van motiveringsklachten. De Hoge Raad stelt vast dat de rechtbank enerzijds heeft overwogen dat het gesprek op zichzelf niet getuigde van slecht werkgeverschap, maar anderzijds heeft geoordeeld dat in het midden kon blijven of de werkgever een goede reden had voor het gesprek. Dit tweede uitgangspunt is kennelijk ingegeven, zo merkt de Hoge Raad op, door aarzeling over het antwoord op de vraag of het voeren van dit gesprek – ter zake waarvan de rechtbank had vastgesteld dat de werkgever had moeten begrijpen dat het de werkneemster onaangenaam zou treffen en dat zij zich in haar positie bedreigd zou voelen – al of niet van slecht werkgeverschap getuigde. Hierdoor is het onduidelijk welke gedachtegang de rechtbank voor ogen heeft gestaan met betrekking tot het gesprek. Verder is de rechtbank, aldus de Hoge Raad, te weinig ingegaan op de stelling van de werkneemster dat de werkgever niet alleen een verwijt treft van het feit dat zij door het gesprek ziek is geworden, maar ook van het feit dat zij na het gesprek ziek is gebleven. De rechtbank heeft haar oordeel dat het verwijt van de werkneemster dat de werkgever na het gesprek te weinig heeft gedaan om de ontstane problemen op te lossen, niet terecht is, te summier onderbouwd.

Omdat het arrest van de Hoge Raad zich met name toespitst op tekortkomingen in de motivering van de rechtbank is hier niet zonder meer uit af te leiden hoe de werkgever zich naar het oordeel van de Hoge Raad had moeten gedragen. Duidelijk is wel dat de Hoge Raad het niet uitsluit dat een gesprek, zoals dat met deze werkneemster was gevoerd, van slecht werkgeverschap kan getuigen, even-

20 HR 27 februari 1998, NJ 1998, 765; JAR 1998, 111.

HOOFDSTUK 16

als het nalaten door de werkgever om adequate actie te ondernemen op het moment dat een werknester na een gesprek als hier aan de orde ziek thuis blijft. De Advocaat-Generaal had in dit verband opgemerkt het alleszins voorzienbaar te achten dat een werknemer zich door een gesprek over klachten van collega's en over ontslag zozeer overvallen kan voelen dat ziekte daarvan het gevolg is, zeker tegen de achtergrond dat het veelvuldig voorkomt dat werknemers die van hun werkgever te horen krijgen dat zij er goed aan doen naar een andere betrekking om te zien, zich aansluitend ziek melden. Indien dit in het algemeen al voorzienbaar is, dan zal dit, aldus de AG, zeker zo zijn in het geval dat er "eigenlijk geen goede redenen" voor de gevolgde handelwijze bestaan. Het voeren van een dergelijk gesprek is dan zeker in strijd met de verplichting van de werkgever om zorgvuldig te handelen jegens de werknemer.²¹

Het niet vermijden van ontslag terwijl hiervoor wel mogelijkheden bestaan, kan eveneens tot psychische ziekte leiden. Van een werkgever mag in het algemeen worden verwacht dat, indien de arbeidsplaats van een werknemer komt te vervallen zonder dat hem daarvan een verwijt treft, hij nagaat of aan de werknemer een andere passende plek kan worden geboden. Doet de werkgever dat niet, dan handelt hij onzorgvuldig jegens de werknemer en kan er onder omstandigheden een vergoedingsplicht ontstaan.²²

Reorganisaties kunnen ook tot psychische klachten leiden, zowel in het geval dat vast staat dat ontslag zal volgen als wanneer het nog onzeker is of een werknemer in dienst kan blijven. Door kantonrechters wordt in dit opzicht in de regel geoordeeld dat een werkgever gerechtigd is een reorganisatie door te voeren, ook als deze tot ontslag leidt, en dat er geen vergoedingsplicht bestaat in geval een werknemer psychisch ziek wordt door een reorganisatie. Volgens de kantonrechter Gorinchem is het:

"nu eenmaal inherent aan reorganisaties binnen een bedrijf dat functies veranderen c.q. vervallen en dat daarvan een psychische druk uitgaat naar alle betrokkenen. Werknemers zijn daartegen in het algemeen wel bestand."²³

-
- 21 Zie ook HR 5 maart 1999, *NJ* 1999, 644 m.nt. PAS; *JAR* 1999, 73 (Tulkens/FNV) waaruit blijkt dat aan Tulkens een ontbindingsvergoeding is toegekend onder meer omdat de FNV hem tijdens ziekte had aangesproken op slecht functioneren en ontslag had voorgesteld.
 - 22 Zie voor een voorbeeld uit het ambtenarenrecht: CRvB 27 november 1997, *TAR* 1998, 24.
 - 23 Ktr. Gorinchem 10 januari 2000, *JAR* 2000, 106. Zie ook Rb. 's-Hertogenbosch 24 april 2002, *JAR* 2002, 114, waarin werd geoordeeld dat een werknemer een reorganisatie mogelijk psychisch niet had kunnen verwerken, doch dat niet was gebleken dat de werkgever bij de doorvoering en uitwerking van de reorganisatie niet als een goed werkgever had gehandeld. Daarom kon de werknemer geen aanspraak maken op een ontslagvergoeding.

Ook de ambtenarenrechter is die mening toegedaan. Zo oordeelde de rechtbank Maastricht in een zaak waarin een ambtenaar stelde ziek te zijn geworden door een reorganisatie en door onzorgvuldig handelen van haar werkgever in de periode daarna, dat niet was gebleken van excessieve of abnormale werkomstandigheden. De rechtbank achtte wel aangetoond dat door de reorganisatie het een en ander was gewijzigd in de werkzaamheden van de ambtenaar en dat zij hierdoor spanningen had ondervonden, maar dit rechtvaardigde volgens de rechtbank niet de conclusie dat de ambtenaar hierdoor psychisch ziek was geworden.²⁴ Klaarblijkelijk vond de rechtbank dat van een ambtenaar verwacht mag worden dat die bestand is tegen de spanningen die een reguliere reorganisatie met zich brengt en dat, voor zover dat niet het geval is, de oorzaak daarvan in de persoonlijkheidsstructuur van de ambtenaar moet worden gezocht en niet in de reorganisatie. Dit kan anders zijn als de werkgever bij een reorganisatie onzorgvuldig jegens een ambtenaar handelt, maar dat was in deze zaak niet aan de orde.

Degradatie

Niet alleen ten aanzien van ontslag maar ook met betrekking tot degradatie is geoordeeld dat een werkgever onzorgvuldig handelt en daarmee vergoedingsplichtig wordt als hij een werknemer zonder goede reden degradeert (en deze daardoor ziek wordt).²⁵ Dit geldt zowel als de reden voor de degradatie is gelegen in disfunctioneren als wanneer hieraan een disciplinaire maatregel ten grondslag ligt. Zo diende een (overheids)werkgever, die een ambtenaar in een functie van twee schalen lager had geplaatst omdat hij zich niet loyaal zou hebben opgesteld in zijn oude functie, de immateriële schade van deze ambtenaar te vergoeden omdat was komen vast te staan dat er onvoldoende gronden waren voor de degradatie.²⁶ In een andere zaak oordeelde de ambtenarenrechter dat sprake was van abnormale en excessieve werkomstandigheden vanwege de wijze waarop een werkgever een ambtenaar had ontheven uit zijn functie en geplaatst in een lagere functie. De rechtbank stelde vast dat de ambtenaar op het moment waarop deze besluiten werden genomen onder grote spanningen verkeerde als gevolg van zijn gezinssituatie en zijn strafrechtelijke vervolging en veroordeling voor een zedenmisdrijf. De werkgever had deze specifieke omstandigheden in zijn beoordeling dienen te betrekken en had moeten begrijpen welke effecten de besluiten tot ontheffing en plaatsing in deze gespannen situatie op de ambtenaar konden hebben. Door dit niet te doen, heeft de werkgever onjuist gehandeld. Dat geldt temeer, zo oordeelt de rechtbank, waar gebleken is dat de besluiten tot ontheffing en plaatsing onrechtmatig en onnodig waren.²⁷

24 Rb. Maastricht 27 augustus 2003, nr. AWB 02/506 AW, LJN AJ3451.

25 Zie bijvoorbeeld Ktr. Rotterdam 7 januari 1988, *Prg* 1988, 2836.

26 CRvB 27 november 1997, *TAR* 1998, 23.

27 Rb. Almelo 9 januari 2004, nr. 03/170 AW N1 A, LJN A05523.

HOOFDSTUK 16

Ook de handelwijze van het bedrijf EBS, een bedrijf in de marktsector, dat haar werknemer Labbaci tot twee keer toe in een lagere functie had geplaatst, één keer na een conflict met zijn chef en één keer na ziekte (als gevolg van dat conflict), werd door de rechter onzorgvuldig bevonden. De werkgever had de werknemer gedreigd met ontslag op staande voet als hij de lagere functie niet zou aanvaarden. De werknemer had daarop tewerkstelling gevorderd, welke vordering ook was toegewezen, maar de werkgever had geweigerd dit vonnis uit te voeren en had in plaats daarvan ontbinding gevraagd. De werknemer was inmiddels al ziek geworden door de handelwijze van de werkgever en de huisarts waarschuwde voor verdergaande psychosomatische afwijkingen bij continuering van de situatie. De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst tussen partijen onder toekenning van een vergoeding voor materiële schade van f 140.000,- aan de werknemer (C=1,5) en een vergoeding van f 5.000,- wegens immateriële schade omdat de werknemer door de werkgever was aangetast in zijn persoon, hetgeen reeds in gezondheidsklachten geresulteerd had.²⁸ De kantonrechter overwoog daartoe als volgt:

“Van belang is voorts dat EBS zich zeker na de ziekte van Labbaci niet als een goed werkgeefster gedragen heeft. Aan een werknemer met een arbeidsverleden als dat van Labbaci had de functie van Algemeen Medewerker Productie (kennelijk in feite inpakker) niet aangeboden mogen worden en zeker niet afgedwongen mogen worden door de dreiging van een ontslag op staande voet. EBS heeft het kort geding vonnis niet naar de letter en zeker niet naar de geest opgevolgd. Op de dag waarop zij aan het vonnis moest voldoen, werd het onderhavige verzoek ingediend. Inmiddels is duidelijk (en ook door EBS erkend) dat EBS Labbaci niet meer in haar bedrijf wenst. Wat hiervoor ook de ware reden moge zijn, tegenover een werknemer met een staat van dienst als Labbaci is de manier waarop EBS deze wens gerealiseerd heeft onrechtvaardig, grievend en onjuist. EBS heeft voor de positie en de belangen van Labbaci te weinig begrip getoond.”

De werkgever had aan de werknemer dus, gelet op zijn arbeidsverleden en zijn ziekte, geen lagere functie mogen opdragen en deze zeker niet mogen afdwingen op straffe van ontslag. Door dat toch te doen, heeft de werkgever onvoldoende zorgvuldig jegens de werknemer gehandeld.²⁹

Kritiek op het functioneren

Zorgvuldighedenormen zijn voorts te vinden in rechterlijke beslissingen op verzoeken van werknemers om toekenning van een vergoeding omdat zij ziek zijn geworden door kritiek op hun functioneren. Eén voorbeeld van een dergelijke

28 Pres. Rb. Utrecht 2 augustus 1994 en Ktr. Utrecht 20 september 1994, *Prg* 1994, 195.

29 In deze zaak had ook geoordeeld kunnen worden dat sprake was van pesten, nu de werkgever de werknemer kennelijk koste wat koste het bedrijf uit heeft willen werken.

uitspraak – het arrest Nuts/Hofman – is hiervoor reeds besproken. De daarin vastgestelde norm hield, zoals gezegd, in dat een werkgever een werknemer moet informeren over de redenen voor de kritiek. Het uiten van kritiek op het functioneren zelf wordt (uiteraard) bijna nooit onrechtmatig geacht.³⁰ Als al sprake is van een onzorgvuldige dan wel onrechtmatige beslissing, dan komt dit in de regel door de wijze waarop de kritiek is geuit of de omstandigheden waaronder dit is gebeurd. Rechters toetsen in het algemeen niet of slechts in beperkte mate of kritiek inhoudelijk juist is. Alleen indien dat evident niet het geval is, wordt aangenomen dat een beoordeling onzorgvuldig is. Voor het overige is het vooral van belang dat een correcte procedure wordt gevolgd, dat wil zeggen dat een beoordeling plaatsvindt aan de hand van objectieve maatstaven, dat de werknemer daadwerkelijk de gelegenheid is geboden om te laten zien wat hij kan en dat geen kritiek wordt geuit op een moment dat een werknemer na ziekte net weer bezig is om in het arbeidsritme te komen.

Een voorbeeld waarin dit laatste wel gebeurde en door de rechter onzorgvuldig werd geacht, is te vinden in een ontbindingsbeschikking van de kantonrechter Enschede.³¹ In die zaak werd een werknemster op een moment dat zij op arbeidstherapeutische basis vanuit de WAO werkzaamheden verrichtte, geconfronteerd met nogal indringende kritiek op haar functioneren. Dat leidde ertoe dat de werknemster wederom psychisch instortte. De kantonrechter acht deze handelwijze niet juist.

Naar het oordeel van de rechter is het niet juist om indringende kritiek te uiten op het functioneren in een fase waarin een werknemster die geruime tijd langs de kant heeft gestaan, weer arbeidsritme moet opdoen en haar belastbaarheid aan het uittesten is. Men mag van een werknemer die op therapeutische basis werkt nog geen normale arbeidsprestatie verlangen.

In een andere ontbindingszaak oordeelde de kantonrechter dat de werkgever niet onzorgvuldig had gehandeld bij het geven van een kritisch oordeel over het functioneren van een werknemer.³² De betreffende werknemer – 55 jaar, 29 jaar in dienst, salesmanager – was na de uitreiking van een kritisch beoordelingsformu-

30 Zie bijvoorbeeld CRvB 19 juni 1997, *TAR* 1997, 183. De leidinggevende van een ambtenaar had zijn ongenoegen over haar werkwijze kenbaar gemaakt en haar een onvoldoende beoordeling in het vooruitzicht gesteld en er was sprake van een andere cultuur dan die waarin de ambtenaar voorheen had gefunctioneerd, maar dit leidde niet tot de conclusie dat aan de werknemster een vergoeding toe kwam omdat zij psychisch ziek was geworden, naar haar zeggen vanwege deze omstandigheden. Zie in dezelfde zin Rb. Maastricht 27 augustus 2003, nr. AWB 02/506 AW, *LJN* AJ3451.

31 Ktr. Enschede 27 november 1998, *Prg* 1999, 5092.

32 Ktr. Utrecht 16 augustus 1999, *JAR* 1999, 204.

HOOFDSTUK 16

lier arbeidsongeschikt geworden vanwege ernstige depressieve klachten. Hij had zich onder behandeling moeten stellen van een psychiater of psycholoog en had medicatie gekregen. Hij vroeg ontbinding met een vergoeding omdat hij arbeidsongeschikt zou zijn geworden door de handelwijze van de werkgever.

De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst, nu de werknemer dit wenst. Met betrekking tot de vergoeding overweegt de rechter dat de werkgever naar objectieve maatstaven geen (groot) verwijt kan worden gemaakt. De beoordeling is niet zeer negatief, doch houdt in dat van de werknemer meer initiatief wordt verwacht. Van een werknemer met een functie van salesmanager mag verwacht worden dat hij met dergelijke, al dan niet terechte, kritiek kan omgaan. Voor de werkgever was niet voorzienbaar dat de werknemer ziek zou worden in reactie op de beoordeling. De werkgever heeft verder adequaat en naar behoren gereageerd door de werknemer begeleiding van de bedrijfspsycholoog aan te bieden en de reïntegratie uit te stellen tot vertrek van de interim-manager (degene die de kritische beoordeling had uitgereikt).

In deze zaak is door de werkgever voldaan aan de maatstaven voor het uiten van kritiek op het functioneren van een werknemer. Niettemin kent de rechter aan de werknemer een vergoeding toe omdat de relatie tussen de beoordeling en ziekmelding evident is. Dit lijkt me een twijfelachtige beslissing, nu de werkgever geen verwijt viel te maken en hij daarom mijns inziens gerechtigd was tot het uiten van kritiek. Ik kom hier nog op terug bij bespreking van het vergoeden van psychisch letsel door personeelsbeslissingen op no-fault basis.³³

Gelijke behandeling

Een andere norm die een werkgever in acht dient te nemen ter voorkoming van psychisch letsel door een personeelsbeslissing is de norm dat een werkgever werknemers gelijk dient te behandelen tenzij er goede redenen zijn om dit niet te doen.³⁴ Deze norm kwam aan de orde in de zaak van een werknemer die door zijn werkgever niet was benoemd in een na een reorganisatie ontstane nieuwe functie, dit terwijl (vrijwel) al zijn collega's wel waren benoemd. De reden voor het niet benoemen van de betreffende werknemer was dat de werkgever van mening was dat zijn werkhouding en mentaliteit onvoldoende waren en zijn productiviteit te wensen overliet. De rechtbank had in een eerdere procedure geoordeeld dat de handelwijze van de werkgever in strijd was met de beginselen van

33 Zie § 16.6.1.

34 Een variant hierop is het beginsel dat een werkgever gelijke arbeid voor werk van gelijke waarde gelijk dient te belonen. Strijd met dit beginsel werd aangenomen in HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704 m.nt. PAS en *JAR* 1994, 94 (Agfa/Schoolderman). In HR 30 januari 2004, *JAR* 2004, 68 (Parallel Entry/KLM en VNV) oordeelde de Hoge Raad dat een overeengekomen onderscheid in beloning, dat niet is te herleiden tot een wettelijk discriminatieverbod, slechts dan onrechtmatig is als het onderscheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

het goed werkgeverschap, waaronder het beginsel dat alle werknemers gelijk behandeld moeten worden, maar had de vordering van de werknemer tot tewerkstelling in de nieuwe functie afgewezen omdat de werknemer inmiddels met de VUT was gegaan. De werknemer vorderde vervolgens in een bodemprocedure bij de kantonrechter schadevergoeding vanwege het geestelijk letsel dat voor hem het gevolg was geweest van de handelwijze van zijn werkgever.

De kantonrechter sluit zich aan bij het oordeel van de rechtbank dat de werkgever in strijd heeft gehandeld met de beginselen van het goed werkgeverschap, waaronder het beginsel dat alle werknemers gelijk behandeld moeten worden. Dat betekent, aldus de rechter, dat de werkgever gehouden is om de schade van de werknemer te vergoeden.³⁵

De kantonrechter kent echter geen schadevergoeding toe omdat er geen sprake is van materiële schade, nu de werknemer al met de VUT is gegaan, en omdat naar het oordeel van de rechter niet voldaan is aan de voorwaarden voor toekenning van een vergoeding voor immateriële schade.

Reïntegratie

Verschillende uitspraken hebben betrekking op het niet meewerken aan of blokkeren door de werkgever van reïntegratie met (voortdurende) psychische ziekte tot gevolg. Een werknemer is op dat moment reeds ziek, maar het uitblijven van reïntegratie leidt dan tot andere klachten (psychisch in plaats van lichamelijk), verergerende klachten of het onnodig voortduren van klachten. Zo werd een werknemer na een dienstverband van 35 jaar arbeidsongeschikt op psychische gronden wegens de handelwijze van zijn werkgever. De werknemer wilde na een korte fysieke ziekte het werk hervatten, maar werd tegen gehouden door de directeur en door de bedrijfsarts die hem zeiden dat zijn toekomstperspectieven bij de werkgever niet gunstig waren en hem vroegen of hij al elders aan het solliciteren was. Dat leidde vervolgens tot psychische ziekte. De kantonrechter oordeelde in dit verband dat de werkgever niet als een goed werkgever had gehandeld jegens de werknemer en kende een vergoeding toe van f 135.000,- voor materiële en f 15.000,- voor immateriële schade.³⁶

Door de kantonrechter Middelburg werd in een zaak, waarin een werkneemster ziek was geworden door een reorganisatie op het werk en de werkgever zich vervolgens niet voor reïntegratie had ingespannen maar al na korte tijd op ontslag was gaan aandringen, geoordeeld dat de werkgever niet als een goed werkgever had gehandeld. Bij de ontbinding werd daarom een correctiefactor 2 gehanteerd.³⁷

35 Ktr. Maastricht 17 april 2002, *JAR* 2002, 161.

36 Ktr. Terborg 25 maart 1993, *JAR* 1993, 141.

37 Ktr. Middelburg 20 november 2003, *JAR* 2004, 7. Zie voor vergelijkbare situaties Ktr. Delft 4 maart 2004, *JAR* 2004, 88 en Ktr. Amsterdam 19 september 1986, *Prg* 1986, 2593.

HOOFDSTUK 16

Een werkgever dient zich derhalve in te spannen voor reïntegratie van een werknemer, (mede) teneinde verdere ziekte te voorkomen, waarbij aan deze verplichting extra gewicht toekomt als de werknemer door omstandigheden op het werk is uitgevallen.³⁸

Aanbieden passende functie/doorgroeimogelijkheden

Enigszins vergelijkbaar met de verplichting van de werkgever om een werknemer te reïntegreren na ziekte is de verplichting om een werknemer een functie aan te bieden die aansluit bij zijn capaciteiten. Het gaat hierbij echter, anders dan bij het bieden van passend werk na ziekte, niet om een 'harde' verplichting. Alleen als er sprake is van bijzondere omstandigheden is een werkgever verplicht om een werknemer een bij hem passende functie te bieden. In andere gevallen wordt een werkgever in dit opzicht veel vrijheid gegund. Dit blijkt bijvoorbeeld uit twee uitspraken in ambtenarenzaken. In beide zaken had de ambtenaar zich op het standpunt gesteld dat hij psychisch ziek was geworden doordat zijn werkgever hem niet de kans had gegeven om een functie te vervullen die aansloot bij zijn capaciteiten.³⁹ In beide zaken oordeelde de CRvB dat dit niet betekende dat de werkgever onjuist had gehandeld. Daarom was er geen sprake van excessieve of abnormale werkomstandigheden en bestond geen recht op rechtspositionele voorzieningen.⁴⁰ In de eerste zaak overwoog de CRvB dat aan de ambtenaar, een medewerker bij Defensie, diverse kansen waren geboden om zijn ambities waar te maken. De ambtenaar had weliswaar gesteld dat deze mogelijkheden niet passend waren, maar deze stelling kon, aldus de CRvB, ook als hij juist zou zijn, niet leiden tot toekenning van de gevraagde voorzieningen. Immers, zo oordeelt de CRvB,

"het belasten met werkzaamheden die een militair niet voldoende kansen op het verwerven van een hogere rang bieden of hem niet blijken te passen, betekent geenszins dat die werkzaamheden of de omstandigheden waaronder ze moeten worden verricht, abnormaal of excessief moeten worden geacht; dat is ook niet het geval als het gestelde gebrek aan kansen bij betrokkene tot sterke gevoelens van onvrede en krenking heeft geleid."⁴¹

Tot een soortgelijk oordeel kwam de CRvB in de zaak van een medewerkster van een gemeente die stelde psychisch ziek te zijn geworden als gevolg van conflicten op het werk en doordat haar werkgever onvoldoende medewerking zou hebben

38 Zie in die zin ook HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 441 (Goldsteen/Roeland). Zie voorts Hof Arnhem 18 maart 2003, *JAR* 2003, 127.

39 Eén van de zaken betrof een vrouwelijke ambtenaar, maar gemakshalve wordt hier de mannelijke persoonsvorm gebruikt.

40 CRvB 18 mei 2000, nr. 97/7677 MAW en 98/2253 MAW, *LJN* AF3983 en CRvB 18 april 2002, nr. 01/4741 AW en 01/4970 AW, *LJN* AF0408.

41 CRvB 18 mei 2000, nr. 97/7677 MAW en 98/2253 MAW, *LJN* AF3983.

verleend aan een bredere invulling van haar functie, dan wel aan overgang naar een andere gemeente. De CRvB stelde vast dat de gemeente de medewerkster een loopbaantest had laten ondergaan, had laten deelnemen aan een workshop en haar tijdelijk elders had gedetacheerd. De gemeente had zich daarmee voldoende ingespannen, aldus de CRvB. Dat de detachering voortijdig was beëindigd, kon de gemeente niet euvel geduid worden omdat daaraan een afweging ten grondslag lag van het belang van de medewerkster en het belang van de dienst.⁴²

In een zaak die aan de civiele rechter werd voorgelegd, oordeelde deze dat een werkgever wel onzorgvuldig had gehandeld door een werknemer niet in een passende functie te plaatsen.⁴³ In die zaak was echter sprake van bijzondere omstandigheden. De werkgever had namelijk ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht op de grond dat de werknemer een voor hem krenkend pamflet had opgehangen. De rechter achtte dit echter onvoldoende aannemelijk gemaakt en wees het ontbindingsverzoek af. In de periode daarna kwam het niet tot herplaatsing van de werknemer in zijn eigen of in een passende functie, waarna de werknemer ziek werd en schadevergoeding vorderde omdat zijn ziekte, naar zijn zeggen, het gevolg was van de handelwijze van zijn werkgever.

De kantonrechter oordeelt dat de werkgever op zich gerechtigd was ontbinding te vragen nu hij van zijn gelijk overtuigd was. Nadat op het ontbindingsverzoek was beslist, had van de werkgever, die had moeten begrijpen dat de werknemer zich ernstig gegriefd voelde door de tegen hem ingestelde procedure en andere maatregelen, echter mogen worden verwacht dat hij het nodige zou doen om de werknemer eerherstel te bezorgen en zijn aangetaste positie te herstellen dan wel, indien zulks niet mogelijk zou blijken te zijn, zorg te dragen voor herplaatsing in eenzelfde althans zoveel mogelijk vergelijkbare functie. Het is echter niet gebleken dat de werkgever iets heeft ondernomen om tot herstel van de positie van de werknemer te komen. De werkgever heeft er daarentegen op aangedrongen dat de werkgever niet naar zijn oude functie zou terugkeren en heeft ook geen andere passende functie aangeboden. De kantonrechter concludeert op basis van medische rapportage dat er voldoende causaal verband bestaat tussen de handelwijze van de werkgever en de inmiddels langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer. De werkgever moet daarom de volledige inkomensschade van de werknemer vergoeden alsmede zijn immateriële schade voor een bedrag van f 50.000,-.

Het ging in deze zaak dus niet om het bieden van doorgroeimogelijkheden, maar om een verplichting tot herplaatsing van een werknemer na een afgewezen ontbindingsverzoek. Het niet nakomen van een dergelijke verplichting kan, zo blijkt uit deze zaak, onrechtmatig zijn en grond vormen voor toewijzing van schadevergoeding vanwege geleden en te lijden materiële en immateriële schade.

42 CRvB 18 april 2002, nr. 01/4741 AW en 01/4970 AW, *LJN* AF0408.

43 Ktr. Amsterdam 6 januari 1995, *JAR* 1995, 57.

HOOFDSTUK 16

Oplossen problemen

Een werkgever dient voorts, zo wordt steeds vaker aangenomen in de rechtspraak, problemen op de werkvloer waardoor een werknemer psychisch ziek is geworden of dreigt te worden, oplossen, teneinde te voorkomen dat de ziekte voortduurt of verergert. Deze verplichting is met name relevant in gevallen van situationele arbeidsongeschiktheid, situaties dus waarin de ziekte van de werknemer samenhangt met de werkzaamheden en herstel te verwachten lijkt als de problemen op de werkvloer die de ziekte hebben veroorzaakt, worden opgelost.⁴⁴ Spant de werkgever zich niet in om deze problemen op te lossen en leidt dit tot voortdurende ziekte van de werknemer, dan kan een werkgever hiervoor in voorkomende gevallen aansprakelijk worden gesteld of verplicht worden tot betaling van een ontslagvergoeding. Pleegt de werkgever wel de noodzakelijke inspanningen, maar de werknemer niet, dan is de werkgever in beginsel niet gehouden enige vergoeding te betalen.⁴⁵

In de rechtspraak zijn verschillende uitspraken over dit soort situaties te vinden. Ik bespreek er hier twee. In de eerste, een arrest van het gerechtshof Arnhem uit 2003,⁴⁶ was een werkneemster arbeidsongeschikt geworden als gevolg van een conflict met haar directe collega. Na twee jaar ziekte werd zij door de werkgever ontslagen. De kantonrechter oordeelde dat het ontslag kennelijk onredelijk was en kende aan de werkneemster een vergoeding toe van f 65.000,- = € 29.495,71 (C=± 0,5). In hoger beroep wordt dit vonnis door het hof bevestigd.

Het hof stelt vast dat niet wordt betwist dat de arbeidsongeschiktheid van de werkneemster mede is veroorzaakt door een arbeidsconflict tussen de werkneemster en haar directe collega. Gebleken is dat de werkgever van het conflict op de hoogte was. In een dergelijk geval mag van een goed werkgever worden verwacht dat hij het nodige zal doen om het probleem op te lossen, mogelijk door inschakeling van een onafhankelijk bemiddelaar. De werkgever kan dus niet volstaan, zoals in casu, met de opmerking dat het conflict tussen de twee werkneemsters een "puur persoonlijk" probleem van de werkneemster was, waarmee hij niets van doen had. De werkgever heeft ook wel gesprekken gevoerd met de betrokken werkneemsters, maar niet duidelijk is

44 Over situationele arbeidsongeschiktheid valt uiteraard nog heel veel meer te zeggen dan dat een werkgever zich dient in te spannen om de oorzaak van de situationele arbeidsongeschiktheid, voor zover die in zijn risicosfeer ligt of aan hem is te wijten, weg te nemen. Dit valt echter buiten het bestek van dit onderzoek. Zie voor meer algemene publicaties hierover onder meer: M.A.M.M. Verspagen, "Arbeidsongeschikt vanwege een arbeidsconflict: aan de goden overgeleverd!", *ArbeidsRecht* 2004, p. 25-31; M. Holtzer, "Situatieve arbeidsongeschiktheid: waar houdt het op?", *ArbeidsRecht* 1998, p. 3-8; *Pas-sende arbeid & Psychische arbeidsongeschiktheid, Visies op twee cruciale begrippen uit de Wet Verbetering Poortwachter*, samenstelling M.G.M.L. Jansen en I.A. Overmars, RPMS publishers, Amsterdam 2003.

45 Zie bijvoorbeeld Ktr. Utrecht 22 maart 2000, *JAR* 2000, 94.

46 Hof Arnhem 18 maart 2003, *JAR* 2003, 127.

wat hij hiermee concreet heeft gedaan. Uit dit alles volgt dat de werkgever een verwijt treft van de arbeidsongeschiktheid van de werkneemster. De werkgever heeft zich daarnaast ook nog te weinig ingespannen voor reïntegratie van de werkneemster. Ontslag zonder vergoeding is daarom kennelijk onredelijk.

Een ander voorbeeld is een uitspraak van de kantonrechter Arnhem waarin deze oordeelde dat het ontslag van een werknemer aan de werkgever verwijtbaar was omdat de werknemer psychisch arbeidsongeschikt was geworden na een conflict op het werk dat hoofdzakelijk aan de werkgever was te wijten en de werkgever er niet voor had gekozen om een gesprek aan te gaan met de werknemer en/of diens gemachtigde teneinde het conflict op te lossen, maar in plaats daarvan de werknemer tijdens ziekte op non-actief had gesteld en direct was overgegaan tot het indienen van een ontbindingsverzoek.⁴⁷

Reageren op klachten van werknemers

Vergelijkbaar met de verplichting van de werkgever om problemen en conflicten op de werkvloer op te lossen, is de verplichting om te reageren op klachten van werknemers. Zoals is aangegeven in hoofdstuk 2, is bij de Tweede Kamer reeds enige tijd een wetsvoorstel aanhangig waarin een klachtrecht voor werknemers wordt geïntroduceerd. Een werkgever zou, als dat wetsvoorstel wet zou worden, de verplichting krijgen om schriftelijk op een klacht te reageren. De verplichting om op een – redelijke – klacht te reageren, vloeit ook thans echter al voort uit de rechtspraak, zij het dat een dergelijke reactie niet schriftelijk hoeft plaats te vinden. Een illustratie hiervan is een uitspraak in een ambtenarenzaak waarin een ambtenaar psychisch ziek was geworden door enerzijds een te hoge werkdruk en anderzijds het feit dat hij geen gehoor kreeg voor door hem aangedragen klachten.⁴⁸ De betrokken ambtenaar behoorde als enige Nederlander tot het management van een in Nederland gestationeerde Amerikaanse militaire organisatie. Hij stelde meerdere keren bij het management aan de orde te hebben gesteld dat sprake was van diefstal van voorraden en van gebruik van harddrugs van militairen. Het (Amerikaanse) deel van het management weigerde echter om een onderzoek in te stellen naar aanleiding van de klachten van de ambtenaar, maar ontkende in plaats daarvan dat sprake was van een probleem en maakte de ambtenaar belachelijk en bespotten hem. Deze werd daardoor uiteindelijk ziek en verzocht om 100% doorbetaling. De CRvB oordeelde dat de organisatie niet zorgvuldig jegens de ambtenaar had gehandeld, met name niet door geen gehoor te geven aan zijn klachten en door geen onderzoek in te stellen waar dit wel had

47 Ktr. Arnhem 6 februari 1997, *JAR* 1997, 60. Aan de werknemer werd een vergoeding toegekend voor materiële schade op basis van $C=1,5$ en daarnaast nog een vergoeding voor immateriële schade van f 15.000,-.

48 CRvB 16 maart 1995, *TAR* 1995, 128. Zie voor bespreking van de werkdrukaspecten van deze zaak: § 13.4.2.

HOOFDSTUK 16

gemoeten. De ambtenaar had daarom recht op rechtspositionele voorzieningen op de grond dat zijn psychische ziekte door het werk was veroorzaakt.

Overige normen

Naast de meer specifieke normen die hiervoor zijn besproken, zijn er verschillende uitspraken waarin is geoordeeld dat een werkgever in een bepaalde specifieke casus te weinig oog heeft gehad voor de belangen van een werknemer, zonder dat daaruit direct een meer algemeen geldende norm kan worden afgeleid. In een uitspraak van de kantonrechter Roermond⁴⁹ werd bijvoorbeeld geoordeeld dat, indien aan een werknemster een hogere functie is aangeboden en zij daarin reeds wordt ingewerkt, de werkgever onzorgvuldig handelt als hij deze functie vervolgens – omdat de werknemster zich niet (direct) kan verenigen met de aangeboden arbeidsvoorwaarden – al na twee dagen aan een ander vergeeft. De kantonrechter Eindhoven oordeelde in een andere zaak dat een werkgever onrechtmatig handelt en aansprakelijk is voor de daardoor ontstane schade als hij aan een werknemer, die al eerder psychisch ziek is geweest, een functie opdraagt die door verschillende artsen als niet passend wordt aangemerkt vanwege het risico dat de werknemer opnieuw zal instorten.⁵⁰

Geen normschending werd aangenomen in een zaak waarin een werknemer psychisch ziek was geworden door onzekerheid over zijn positie na een verhuizing.⁵¹ De betreffende werknemer was bij zijn werkgever in dienst als magazijnchef. In 1997 voegde de werkgever zijn vier vestigingen samen tot één distributiecentrum. De vestiging van de werknemer werd in dat verband verhuisd naar Hoofddorp. Korte tijd daarna viel de werknemer uit wegens psychische klachten.

De kantonrechter stelt vast dat de werknemer ziek is geworden als gevolg van de situatie rondom de verhuizing en met name door de onzekerheid over zijn toekomstige positie binnen de vestiging te Hoofddorp. De rechter is echter van oordeel dat dit niet aan de werkgever geweten kan worden. De werkgever heeft gekozen voor een tijdelijke oplossing waarbij de vier bij de verhuizing betrokken Hoofden Magazijn gezamenlijk verantwoordelijk waren. Dit is niet zodanig onjuist jegens de werknemer dat dit de conclusie rechtvaardigt dat de werkgever jegens hem niet als goed werkgever heeft gehandeld.

In deze zaak is de rechter dus van oordeel dat de personeelsbeslissing van de werkgever – het niet direct na de verhuizing toedelen van de nieuwe functie van Hoofd Magazijn aan één van de vier betrokken werknemers, maar het tijdelijk laten rusten van de verantwoordelijkheid bij de vier werknemers gezamenlijk – niet onzorgvuldig is. Derhalve is de werkgever niet tekortgeschoten in zijn verplichtingen en is er geen ruimte voor aansprakelijkheid. Deze beslissing is mijns

49 Ktr. Roermond 19 oktober 1993, *Prg* 1994, 4039.

50 Ktr. Eindhoven 8 maart 1990, *NJ* 1992, 145.

51 Ktr. Haarlem 18 juni 2003, *JAR* 2003, 188.

inziens 'op het randje'. De rechter had ook kunnen oordelen dat het onrechtmatig is om vier werknemers te laten concurreren voor een bepaalde functie, vanwege de spanningen die dat met zich brengt. Een dergelijk oordeel had met name voor de hand gelegen als het de werkgever bekend was geweest dat één of meerdere van de vier werknemers psychisch kwetsbaar was. Dat hiervan sprake was, blijkt echter niet uit de casus.

Literatuur

In de Nederlandse literatuur worden, waar het gaat om de normen waaraan een zorgvuldige personeelsbeslissing moet voldoen, vergelijkbare normen genoemd als in de rechtspraak. Daarbij wordt niet specifiek aandacht besteed aan verplichtingen die strekken ter voorkoming van psychische ziekte, maar wordt meer in het algemeen ingegaan op de door de werkgever in acht te nemen zorgvuldigheidsverplichtingen. Schending van die verplichtingen kan onder omstandigheden echter psychische ziekte veroorzaken.

Specifieke zorgvuldigheidsverplichtingen van de werkgever worden in de regel afgeleid uit de meer algemene verplichting van de werkgever om zich als een goed werkgever te gedragen. Heerma van Voss onderscheidt in dit opzicht een aantal beginselen van goed werkgeverschap, te weten het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel van zuiverheid van oogmerk, het motiveringsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.⁵² Uit het zorgvuldigheidsbeginsel vloeit, aldus Heerma van Voss, de verplichting van de werkgever voort om bij het nemen van voor de werknemer belangrijke beslissingen de nodige kennis te verzamelen omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen, de verplichting om zich aan geldende procedures te houden, de verplichting om een werknemer te horen alvorens beslissingen te nemen die hem raken en de verplichting om de werknemer te waarschuwen alvorens sancties tegen hem worden getroffen. Ook begrijpt Heerma van Voss onder het zorgvuldigheidsbeginsel de verplichting van de werkgever om voor een goede sfeer op het werk te zorgen en de verplichtingen om zijn belangen tegen die van de werknemer af te wegen alvorens een beslissing te nemen. Het beginsel van zuiverheid van oogmerk houdt met name in dat een werkgever geen misbruik van zijn bevoegdheden dient te maken, bijvoorbeeld niet een proeftijd moet gebruiken voor een ander doel dan waarvoor deze is overeengekomen. Daarnaast noemt Heerma van Voss het niet maken van misbruik van een bepaalde procedure en de verplichting tot *fair play*, dat wil zeggen het bieden aan de werknemer van een eerlijke kans op verweer/tegenspel.⁵³ Het motiveringsbeginsel spreekt eigenlijk wel voor zich, evenals het vertrouwensbeginsel, dat wil zeggen de verplichting

52 Heerma van Voss, 1999, p. 37 e.v.

53 Het aanvragen van ontslag terwijl een werknemer een aantal weken afwezig is en zich dus niet kan verweren, is bijvoorbeeld in strijd met de verplichting inzake *fair play*. Vgl. Pres. Rb. Amsterdam 24 december 1985, KG 1986, 46.

HOOFDSTUK 16

van de werkgever om gewekte verwachtingen in principe te honoreren. Het evenredigheidsbeginsel houdt in dat de nadelige gevolgen voor een werknemer van een besluit van de werkgever in verhouding moeten staan tot de met het besluit beoogde doelen. Het gelijkheidsbeginsel ten slotte spreekt ook voor zich, namelijk dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld.

Enkele van deze verplichtingen zijn door andere auteurs nader uitgewerkt. Zo heeft Roeloff de jurisprudentie over door werkgevers geconstrueerde beoordelingen, waarmee deze beogen tot een ontslag op korte termijn van een werknemer te komen, geanalyseerd en heeft hij daaruit een aantal vuistregels afgeleid waaraan een dergelijke beoordeling moet voldoen.⁵⁴ Roeloff noemt onder meer de volgende vuistregels: het moet voor een werknemer kenbaar zijn dat er een beoordelingsgesprek plaatsvindt; wanneer de werkgever in een reglement heeft vastgelegd dat, en zo ja in welke vorm en wanneer, beoordelingsgesprekken moeten plaatsvinden, moet hij zich daaraan houden; de werkgever moet beoordelingsgesprekken schriftelijk vastleggen; de werkgever moet zijn opvatting dat de werknemer disfunctioneert motiveren; en de werkgever moet duidelijkheid van zaken geven over zijn wens om tot beëindiging van het dienstverband te komen.

Door Rood is uit het arrest Kuivenhoven/De Combinatie⁵⁵ van de Hoge Raad afgeleid dat een werkgever verplicht is om actie te ondernemen als een werknemer door zijn toedoen arbeidsongeschikt thuis is.⁵⁶ De verplichting strekt volgens Rood echter niet zo ver dat een werkgever ook in beweging moet komen als de werknemer daar niet om vraagt. In de bewuste zaak ging het, zoals halverwege deze paragraaf is besproken,⁵⁷ om een werkneemster die ziek was geworden na een gesprek over een mogelijk ontslag. Partijen hadden daarna wel stappen ondernomen tot verbetering van de relatie te komen, maar deze hadden niet tot resultaat geleid.

16.2.3 Normen voor een zorgvuldige personeelsbeslissing naar Engels recht

Het Engelse recht kent geen geschreven wettelijke verplichting inhoudende dat een werkgever zorgvuldig moet handelen jegens zijn personeel. Wel kent het Engelse recht de *duty of mutual trust and confidence*, een verplichting die enigszins overeenkomt met de verplichting inzake het goed werkgeverschap naar Nederlands recht. De *duty of mutual trust and confidence* berust op het ongeschreven recht, de *common law*, en kan in concrete gevallen inhouden dat een werkgever rekening dient te houden met de redelijke belangen van een werknemer. Het Engelse recht kent niet het uitgangspunt dat een werkgever in zijn algemeenheid

54 J. Roeloff, "Het 'naar buiten schrijven' van de werknemer met behulp van een (geconstrueerde) beoordeling", *ArbeidsRecht* 2000, p. 3-6.

55 HR 27 februari 1998, NJ 1998, 765; JAR 1998, 111.

56 M.G. Rood, "Noot bij HR 27 februari 1998", *TVVS* 1998, p. 180-181.

57 Onder het kopje "ontslag en reorganisatie".

op grond van de *common law* gehouden is redelijk te handelen jegens zijn werknemers.⁵⁸ Dat neemt niet weg dat een werkgever wel in bepaalde concrete gevallen verplicht is om zorgvuldig te handelen jegens een werknemer.⁵⁹

De *duty of mutual trust and confidence* strekt als zodanig niet ter voorkoming van psychisch letsel, evenmin als dat het geval is bij de Nederlandse norm inzake het goed werkgeverschap. In specifieke gevallen, waarin het voor de werkgever voorzienbaar is dat schending van zijn *duty of mutual trust and confidence* psychische ziekte teweeg kan brengen, kan dit echter anders liggen. In de rechtspraak zijn in dit opzicht uit de algemene *duty of mutual trust and confidence* een aantal meer specifieke verplichtingen afgeleid. Hiertoe behoren onder meer de verplichting van de werkgever om een werknemer niet zonder goede reden te schorsen, de verplichting om niet zonder onderzoek een zware beschuldiging te uiten, en de verplichting om na te gaan of in een gegeven geval niet met een lichtere sanctie volstaan kan worden (dan schorsing). Deze verplichtingen kwamen aan de orde in de zaak *Gogay v Hertfordshire County Council* uit 2000.⁶⁰

Deze zaak betrof een inwonend sociaal werkster in een tehuis voor jonge kinderen. Op een gegeven moment begon een jong meisje, dat thuis seksueel misbruikt was, zich jegens de werkneemster zeer provocerend en seksueel uitdagend te gedragen. De werkneemster meldde zich daarop ziek. Vervolgens werd zij door de werkgever op non-actief gesteld omdat het meisje de werkneemster beschuldigd had van seksueel misbruik en de werkgever deze beschuldiging wilde onderzoeken. Uiteindelijk concludeerde de werkgever dat de beschuldiging onterecht was en dat de werkneemster niets te verwijten viel. De werkneemster was echter niet meer in staat om haar werkzaamheden te hervatten omdat ze inmiddels als gevolg van de situatie een klinische depressie had ontwikkeld. In rechte vorderde zij vergoeding van de schade als gevolg van de depressie. Het *High Court* in eerste aanleg wees de vordering toe.

Op het hoger beroep van de werkgever overweegt het *Court of Appeal* dat de werkgever inderdaad zijn *duty of mutual trust and confidence* heeft geschonden. Het schorsen van de werkneemster door middel van een brief met de inhoud "*the issue to be investigated is an allegation of sexual abuse made by a young person in our care*" is volgens de rechter duidelijk gericht op beschadiging van de relatie tussen werkgever en werknemer. In dit geval had de werkgever geen goede reden voor de schorsing en de inhoud van de brief. De werkgever had verder onderzoek moeten verrichten alvorens een dergelijke

58 Zie D. Brodie, "The Heart of the Matter: Mutual Trust and Confidence", *Industrial Law Journal* 1996, p. 121-136. Zie ook *The Post Office v Roberts* [1980] IRLR 347 (Employment Appeal Tribunal).

59 Zie over inhoud en ontwikkeling van de *duty of mutual trust and confidence*: Brodie, *Industrial Law Journal* 1996, p. 121-136 en dezelfde, "Beyond Exchange: The New Contract of Employment", *Industrial Law Journal* 1998, p. 79-102. Zie ook § 7.2.1.

60 [2000] IRLR 703 (Court of Appeal).

HOOFDSTUK 16

lijke zware aantijging te uiten. Ook had hij moeten onderzoeken of niet een lichtere maatregel getroffen had kunnen worden dan op non-actiefstelling, bijvoorbeeld overplaatsing. *The High Court judge* heeft terecht schadevergoeding toegekend, aldus het *Court of Appeal* vanwege de psychiatrische ziekte van de werknemers.

De werkgever had dus pas tot schorsing en het uiten van beschuldigingen mogen overgaan als hij hiervoor een goede reden had en was nagegaan of geen lichtere sancties mogelijk waren.⁶¹

Ook in de zaak *McCabe v Cornwall County Council and the Governing Body of Mounts Bay School*⁶² vorderde een werknemer vergoeding van de schade die, naar zijn zeggen, was ontstaan als gevolg van psychisch letsel dat weer het gevolg was van een onjuiste beschuldiging van seksueel misbruik en schorsing door zijn werkgever. McCabe, werkzaam als docent bij de *Mounts Bay School*, werd op enig moment door een vrouwelijke leerlinge beschuldigd van ongepast seksueel gedrag. Vijf dagen later werd hij geschorst en vervolgens ondervraagd. Hij kreeg niet te horen wat de beschuldigingen precies inhielden, maar wel ontving hij een officiële waarschuwing. Vier maanden later vernam McCabe waarvan hij precies beschuldigd werd en werd hij opgeroepen voor een *disciplinary hearing*. In die periode begon hij psychiatrische klachten te ondervinden. In de drie volgende jaren werden er drie *disciplinary hearings* gehouden die telkens een negatieve uitkomst voor McCabe hadden. Uiteindelijk kreeg hij een *final written disciplinary warning*. Zijn beroep daartegen werd verworpen, waarna hij werd ontslagen, dit hoewel het gedrag waar de beschuldigingen betrekking op hadden in de processtukken werd aangeduid als "*a relatively trivial affair*". McCabe ging ook nog in beroep tegen de ontslagbeslissing, doch ook dit beroep werd afgewezen, onder meer aan de hand van anonieme verklaringen.

In de ontslagprocedure oordeelde de rechter dat het ontslag van McCabe onredelijk was, omdat de werkgever de eigen disciplinaire procedures niet had nageleefd, omdat een hogere leidinggevende van de school de zaak niet onmiddellijk had onderzocht en omdat de verklaringen, op één na, anoniem waren. McCabe kreeg daarom de maximale ontslagvergoeding van – destijds – £ 11.000,-. In de vervolgens door McCabe opgestarte aansprakelijkheidsprocedure stond met name de vraag centraal of McCabe ontvankelijk was in zijn vordering nu ook reeds een ontslagprocedure had plaatsgevonden. Het *Court of Appeal* en vervolgens ook het *House of Lords* oordeelden dat dit het geval was, omdat McCabe psychisch ziek was geworden door de beschuldigingen en de schorsingen en niet door het ontslag.

-
- 61 Zie met betrekking tot het uiten door de werkgever van onjuiste beschuldigingen ook *King v University of St. Andrews* [2002] IRLR 252 (Court of Appeal). In die zaak werd de werknemer toegelaten tot het leveren van bewijs van zijn stelling dat hij psychisch ziek was geworden als gevolg van beschuldigingen van de werkgever en de wijze waarop deze waren onderzocht.
- 62 [2003] IRLR 87 (Court of Appeal) en *Eastwood and another v Magnox Electric plc (and McCabe v Cornwall County Council and others)* [2004] UKHL 35 (House of Lords). Zie ook § 7.6.1.

De uitspraak van het *House of Lords* heeft vooral betrekking op verschillende processuele complicaties.⁶³ Uit de daaraan voorafgaande uitspraak in de ontslagprocedure valt evenwel af te leiden dat een werkgever zijn eigen disciplinaire procedures dient na te leven, dat een beschuldiging van seksueel misbruik onmiddellijk door het hoger management onderzocht moet worden en dat een werknemer niet beschuldigd mag worden op basis van hoofdzakelijk anonieme verklaringen.⁶⁴ Overigens was één van de drie rechters van het *Court of Appeal* van oordeel dat, hoewel de gedragingen van de werkgever in dit opzicht onzorgvuldig genoemd konden worden, het voor McCabe niet eenvoudig zou zijn om te bewijzen dat het voor zijn werkgever voorzienbaar was dat hij door de beschuldigingen en de schorsing een psychiatrische ziekte zou oplopen. Een dergelijk bewijs dient naar Engels recht geleverd worden, wil een werknemer aanspraak kunnen maken op schadevergoeding vanwege werkgerelateerd psychisch letsel.⁶⁵

Dat het niet eenvoudig is om dergelijk bewijs te leveren, blijkt uit de Schotse zaak *Fraser v The State Hospitals Board for Scotland*.⁶⁶ In deze zaak was een werknemer psychisch ziek geworden wegens een ernstige depressie nadat hij, als gevolg van een disciplinaire maatregel, gedurende een aantal maanden onder een strikt regime had moeten werken waarbij vrijwel al zijn leidinggevende taken van hem waren afgenomen en er continu over hem gerapporteerd werd. De werkgever had het regime bovendien, anders dan toegezegd, niet na drie maanden beëindigd, maar had dit laten doorlopen. De rechter neemt echter geen aansprakelijkheid aan.

De rechter concludeert aan de hand van getuigenbewijs dat de depressie inderdaad met name is veroorzaakt door het regime waaronder de werknemer is gesteld. Hij wijst echter aansprakelijkheid van de hand omdat het voor de werkgever niet voorzienbaar zou zijn geweest dat de werknemer door het regime een psychiatrische ziekte zou oplopen. De werknemer bleef aan het werk en klaagde niet over *excessive stress*. Ook waren voor de werkgever geen signalen zichtbaar dat de werknemer ziek dreigde

63 Zie daarover § 7.6.1.

64 Ook in de zaak *Eastwood and another v Magnox Electric plc* [2004] UKHL 35 (House of Lords), die gelijktijdig met die van McCabe door het *House of Lords* behandeld werd, was sprake van anonieme beschuldigingen van seksueel misbruik, schorsing en vervolgens ontslag, en ook daarin werd aan Eastwood een ontslagvergoeding toegekend, zij het op basis van een schikking. Ook in die zaak stond vervolgens de vraag centraal of Eastwood nog aanspraak kon maken op schadevergoeding wegens tekortschieten van zijn werkgever met betrekking tot het ontstaan van zijn arbeidsongeschiktheid, of dat geoordeeld moest worden dat het feit dat ontslag had plaatsgevonden daarin aan de weg stond. Het *House of Lords* oordeelde in de zaak *Eastwood*, evenals in die van McCabe, dat de vordering van de werknemer losstond van het hem gegeven ontslag en dus nog inhoudelijk beoordeeld moest worden.

65 Alleen in discriminatiezaken hoeft dit niet. Zie daarover § 14.3.1.

66 [2000] ScotCS 191.

HOOFDSTUK 16

te worden door het strikte regime. Volgens de rechter had de werkgever onprettige gevoelens als *grief, anger and resentment, anxiety or stress* kunnen voorzien, maar niet dat zijn handelwijze bij de werknemer een *psychiatric illness* teweeg zou brengen.

Opvallend in deze uitspraak is dat de rechter geen oordeel geeft over de handelwijze van de werkgever als zodanig. De rechter stelt dat de opvatting dat een werkgever in redelijkheid dient te voorkomen dat hij disciplinaire beslissingen neemt die een werknemer kunnen beschadigen, een zeer ruime is en dat hij zich een oordeel daarover voorbehoudt. Hij beslist deze zaak zuiver en alleen op basis van het voorzienbaarheids criterium en komt op die basis tot het oordeel dat de ziekte van de werknemer niet voor de werkgever voorzienbaar was. Wel geeft de rechter aan dat, als de ziekte voorzienbaar geweest, hij waarschijnlijk geoordeeld zou hebben dat het handelen van de werkgever onrechtmatig was, omdat in dat geval alternatieven voor de opgelegde disciplinaire maatregelen denkbaar waren geweest.

In de zaak *Johnson v Unisys*⁶⁷ ten slotte werd geoordeeld dat werkgever Unisys in strijd had gehandeld met haar *duty of mutual trust and confidence* door Johnson van de ene dag op de andere te ontslaan in strijd met de disciplinaire regels van Unisys zelf en hem niet de kans te geven zich te verweren tegen jegens hem geuite beschuldigingen. In de ontslagprocedure werd daarom aan hem de maximale vergoeding toegekend. Johnson kon echter geen aanspraak maken op schadevergoeding uit hoofde van de *common law* omdat het *House of Lords*, zoals al eerder opgemerkt, oordeelde dat op grond van het civiele recht geen schadevergoeding ter zake van een ontslag kan worden toegekend omdat daarmee de procedure op grond van *unfair dismissal* op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist.⁶⁸

Uit deze uitspraken blijkt dat, waar het gaat om de inhoud van de *duty of mutual trust and confidence*, de Engelse rechter van oordeel is dat een werkgever:

- zijn eigen disciplinaire regels moet naleven;
- een werknemer een eerlijke kans moet geven om zich tegen beschuldigingen te verweren;
- alleen (ernstige) beschuldigingen mag uiten na onderzoek hiernaar;
- zich bij beschuldigingen niet alleen mag baseren op anonieme verklaringen;
- alleen op goede gronden tot schorsing mag overgaan;
- naar alternatieven moet zoeken voor die disciplinaire maatregelen waarbij voorzienbaar is dat zij een psychische ziekte bij de werknemer teweeg zullen brengen.

Het daadwerkelijk verkrijgen van schadevergoeding wegens psychische ziekte door één van deze normschendingen blijkt echter problematisch te zijn, in de eer-

67 *Johnson v Unisys Ltd.* [2001] IRLR 279; [2001] ICR 480 (House of Lords).

68 Zie § 7.6.1.

ste plaats omdat de werknemer moet bewijzen dat het voor de werkgever voorzienbaar was dat hij psychisch ziek zou worden door de normschending, en in de tweede plaats omdat sinds *Johnson v Unisys* wordt aangenomen dat de *duty of mutual trust and confidence* zich niet uitstrekt tot psychische ziekte als gevolg van een ontslag. Een werknemer kan daarom, in geval hij psychisch ziek is geworden door onzorgvuldig handelen van de werkgever rondom zijn ontslag of dat heeft geculmineerd in ontslag, alleen aanspraak maken op een ontslagvergoeding.⁶⁹ Normen voor het nemen van een zorgvuldige personeelsbeslissing zijn niet alleen in de *common law* ontwikkeld, maar ook – en eigenlijk in belangrijker mate – in het ontslagrecht. Het gaat hierbij in de regel echter niet om verplichtingen die strekken ter voorkoming van psychisch letsel, maar om meer algemene zorgvuldigheidsverplichtingen. Wel is het denkbaar dat schending van deze verplichtingen psychische ziekte teweeg brengt, reden waarom de verplichtingen hier toch worden besproken. De hier bedoelde verplichtingen zijn met name geformuleerd in procedures inzake *constructive (unfair) dismissal*, dat wil zeggen procedures waarin een werknemer aanspraak maakt op een ontslagvergoeding omdat hij door een tekortkoming van zijn werkgever (schending van diens *duty of mutual trust and confidence*) gedwongen is geweest om ontslag te nemen. Voorbeelden van deze verplichtingen zijn de volgende:

- Een werkgever dient ondersteuning te bieden aan een net gepromoveerde leidinggevende;⁷⁰
- Een werkgever moet klachten over veiligheid zorgvuldig behandelen;⁷¹
- Een werkgever behoort een werknemer niet te bekritisieren in aanwezigheid van andere werknemers;⁷²
- Een werkgever behoort een werknemer niet van diefstal te beschuldigen zonder eerst voldoende onderzoek te hebben gedaan naar de juistheid van de beschuldiging;⁷³

69 Zowel in de literatuur als door verschillende rechters is kritiek geuit op deze rechtspraak. Zie onder meer de verzuchtingen van het *Court of Appeal* in *McCabe v Cornwall County Council and the Governing Body of Mounts Bay School* [2003] IRLR 87. Zie ook D. Brodie, "Fair Dealing and the Disciplinary Process", *Industrial Law Journal* 2002, p. 294-297; B.A. Hepple and G.S. Morris, "The Employment Act 2002 and the Crisis of Individual Employment Rights", *Industrial Law Journal* 2002, p. 245-269. Zie verder § 7.6.1.

70 *Associated Tyre Specialists (Eastern) Ltd. v P.A. Waterhouse* [1976] IRLR 386 (Employment Appeal Tribunal).

71 *British Aircraft Corporation Ltd. v Austin* [1978] IRLR 332 (Employment Appeal Tribunal).

72 *Wetherall (Bonds St. W1) Ltd v Lynn* [1977] ICR 205 (Employment Appeal Tribunal).

73 *Robinson v Crompton Parkinson Ltd* [1977] ICR 401 (Employment Appeal Tribunal).

HOOFDSTUK 16

- Een werkgever behoort niet op grove wijze kritiek, waarvan hij weet dat deze onterecht is, op een werknemer te uiten;⁷⁴
- Een werkgever moet een werknemer informeren over de redenen van een onverwacht negatieve beoordeling na zeven jaar dienstverband;⁷⁵
- Een werkgever behoort een werknemer niet zonder goede reden te degraderen en niet ten onrechte met ontslag te dreigen;⁷⁶
- Een werkgever dient een werknemer niet te benadelen en ontslaan omdat hij een misstand naar buiten heeft gebracht.⁷⁷

Kort gezegd komen al deze verplichtingen erop neer dat een werkgever rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de werknemer. Alleen de laatste norm die genoemd is in dit rijtje verschilt enigszins van de rest omdat in die zaak de geschonden norm niet werd afgeleid uit de *duty of mutual trust and confidence*, maar uit meer specifieke wetgeving ter bescherming van klokkenluiders.⁷⁸ Uiteindelijk kan ook van de in deze wetgeving neergelegde norm, inhoudende dat een werknemer niet benadeeld mag worden in zijn rechtspositie omdat hij een misstand openbaar maakt, echter worden gezegd dat hij in elk geval deels – naast het bevorderen van het publieke belang van klokkenluiden – teruggrijpt op de *duty of mutual trust and confidence*, omdat een redelijk handelend werkgever een werknemer niet dient te benadelen als hij te goeder trouw een misstand openbaart.

In de literatuur wordt de *duty of mutual trust and confidence* vooral als een procedurele norm gezien, die de inhoudelijke vrijheid van bedrijfsvoering van werkgevers onverlet laat. Een werkgever zou bijvoorbeeld gerechtigd blijven een werknemer te ontslaan, maar zou hiervoor wel redenen moeten geven, hetgeen thans op grond van de *common law* niet hoeft,⁷⁹ en de werknemer de gelegenheid moeten bieden om zijn standpunt naar voren te brengen. Op dezelfde wijze zou een werkgever nog steeds gerechtigd blijven om disciplinaire maatregelen op te leggen, maar zou wel getoetst moeten kunnen worden of er evenredigheid bestaat tussen overtreding en maatregel. Beschuldigingen zouden wel geuit mogen worden, maar alleen na zorgvuldig onderzoek. Een dergelijke benadering tast volgens Brodie de vrijheid van ondernemen niet aan:

74 *Courtaulds Northern Textiles Ltd v Andrew* [1979] IRLR 85 (Employment Appeal Tribunal).

75 *Post Office v Roberts*, [1980] IRLR 347 (Employment Appeal Tribunal).

76 *Lewis v Motorworld Garages Ltd* [1985] ICR 157 (Court of Appeal).

77 *Virgo Fidelis Senior School v Boyle* [2004] UKEAT 0644_03_2301 (Employment Appeal Tribunal).

78 The Public Interest Disclosure Act 1998.

79 Wel in zaken over *unfair dismissal*.

"A doctrine of mutual trust and confidence informed by procedural standards does not impinge on the running of the employer's business to any significant extent. Arguably it does not impinge on 'good' employers at all."⁸⁰

Zuiver procedureel zijn de normen echter niet, omdat alleen al het feit dat redenen moeten worden gegeven voor een personeelsbeslissing een zekere toetsing impliceert. Deze toetsing blijft echter marginaal in die zin dat een ondernemer een ruime marge wordt gegeven voor het voeren van zijn beleid.

16.2.4 Normen voor een zorgvuldige personeelsbeslissing naar Duits recht

Het Duitse recht kent een algemene verplichting voor de werkgever om zorgvuldig met de belangen van de werknemer om te gaan, namelijk de *Fürsorgepflicht*. De *Fürsorgepflicht* is als zodanig niet wettelijk vastgelegd. Wel zijn verschillende meer specifieke verplichtingen die oorspronkelijk voortvloeiden uit de *Fürsorgepflicht* op enig moment vastgelegd in wettelijke bepalingen. Aan de algemene *Fürsorgepflicht* komt thans alleen nog maar betekenis toe in die gevallen waarin geen beroep kan worden gedaan op een meer specifieke regeling.⁸¹ De *Fürsorgepflicht* houdt onder meer in dat de werkgever het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer, een recht dat voortvloeit uit artikel 1 en 2 lid 1 van de Duitse grondwet, moet respecteren. Deze verplichting is ook neergelegd in § 75 II van het *Betriebsverfassungsgesetz*. Daarin is bepaald dat de werkgever de vrije ontwikkeling van de werknemers in het bedrijf moet beschermen en bevorderen.

De *Fürsorgepflicht* van de werkgever is in de rechtspraak nader geconcretiseerd. Dit is echter niet gebeurd in zaken waarin een werknemer als gevolg van een personeelsbeslissing of andere gedraging van de werkgever psychisch ziek is geworden, maar, evenals in het Engelse recht, in meer algemene kwesties. Zo is door de rechter bijvoorbeeld geoordeeld dat een werkgever het persoonlijkheidsrecht van een werkneemster had aangetast (en derhalve ook in strijd had gehandeld met zijn *Fürsorgepflicht*) door, nog voor afloop van de arbeidsovereenkomst tussen partijen, in een tijdschrift van de ondernemersorganisatie waarbij de werkgever was aangesloten, een oproep te plaatsen waarin werkgevers bij wie de werkneemster solliciteert, werd aangeraden om met hem contact op te nemen. De rechter veroordeelde de werkgever om aan de werkneemster een bedrag aan smartengeld te betalen van DM 4.000,- alsmede het loon over de reguliere opzegtermijn die de werkneemster niet meer in acht had genomen omdat zij, onmiddellijk nadat zij de oproep zag, ontslag had genomen.⁸² In een andere zaak werd aan een werkneemster smartengeld toegekend omdat zij in een door haar werk-

80 Brodie, *Industrial Law Journal* 1996, p. 136 en specifiek met betrekking tot ontslag; Brodie, *Industrial Law Journal* 1998, p. 94-96.

81 De Wit, diss. 1999, p. 53-55.

82 LAG Hamburg 3.4.1991, NZA 1992, 509.

HOOFDSTUK 16

gever uitgegeven tijdschrift werd beschuldigd van luiheid, niet willen werken, haar werkgever oplichten enz.⁸³ De rechter oordeelde dat daardoor haar persoonlijkheidsrecht was aangetast. Overigens hoefde de werkgever zelf geen smartengeld te betalen, doch alleen de redactie van het tijdschrift en de schrijver van het stuk, omdat niet vast stond dat de werkgever ook zelf betrokken was bij het artikel.

In de literatuur worden verschillende verplichtingen van de werkgever genoemd, als voortvloeiende uit het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werkgever en de *Fürsorgepflicht* van de werkgever. Ook hierbij gaat het echter om meer algemene verplichtingen en niet specifiek om verplichtingen ter voorkoming van psychisch letsel.⁸⁴ Voorbeelden van specifieke zorgvuldigheidsrechten en verplichtingen die genoemd worden zijn het recht op bescherming van de privé-sfeer, de verplichting van de werkgever om geen telefoongesprekken af te luisteren, het recht van de werknemer op bescherming tegen geluidsoverlast,⁸⁵ het recht van werknemers om gevrijwaard te blijven van intimidatie en beledigingen door hun leidinggevenden,⁸⁶ het recht op tewerkstelling en de verplichting van een werkgever om een werknemer niet op onterechte gronden te schorsen.⁸⁷

16.2.5 Normen voor een zorgvuldige personeelsbeslissing naar Amerikaans recht

Noch het Amerikaanse geschreven noch het ongeschreven recht kent een verplichting voor de werkgever om zijn werknemers zorgvuldig te behandelen.⁸⁸ Alleen in het ontslagrecht wordt zeer incidenteel wel eens aangenomen dat de werkgever gebonden is aan de *implied covenant of good faith and fair dealing*. De

83 BAG 18.2.1999, NJW 1999, 1988.

84 In de Duitse literatuur wordt naar verhouding veel aandacht besteed aan de wijze waarop getoetst moet worden aan het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer en aan de *Fürsorgepflicht* van de werkgever en minder aan de inhoud van dit recht en deze verplichting. In dit hoofdstuk zullen de procedurele aspecten van het persoonlijkheidsrecht en de *Fürsorgepflicht* verder buiten beschouwing blijven. Zie uitgebreid hierover De Wit, diss. 1999, die ook een vergelijking maakt van de Nederlandse en de Duitse wijze van toetsen.

85 G. Wiese, "Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber", *ZfA* 1971, p. 273-317.

86 G. v. Hoyningen-Huene, "Belästigungen und Beleidigungen von Arbeitnehmern durch Vorgesetzte", *Betriebs-Berater*, 1991, p. 2215-2221.

87 Zie A. Luckey, "Suspendierung und Schmerzensgeldanspruch des Arbeitnehmers", *NZA* 1992, p. 873-876.

88 Een beroep op de *tort of IIED* is hier niet aan de orde omdat daarvoor vereist is dat de werkgever *extreme and outrageous* heeft gehandeld en niet alleen maar onzorgvuldig.

betekenis daarvan is echter zeer beperkt.⁸⁹ De enige reële mogelijkheid voor een werknemer die psychisch ziek is geworden door een onzorgvuldige personeelsbeslissing is om een vergoeding aan te vragen op grond van de *workers' compensation* wetten. Dit kan echter niet overal. In verschillende staten is wettelijk bepaald dat psychisch letsel als gevolg van een te goeder trouw genomen personeelsbeslissing geen recht geeft op een vergoeding.⁹⁰ In andere staten bevat de wetgeving geen bepaling op dit punt en is het aan de rechtspraak overgelaten om te bepalen in hoeverre geestelijk letsel als gevolg van een personeelsbeslissing recht geeft op *workers' compensation*. Door sommige rechters wordt in dit verband aangenomen dat ook ziekte als gevolg van een 'gewone', niet onzorgvuldige personeelsbeslissing aanspraak kan geven op *workers' compensation*. Andere rechters gaan ervan uit dat alleen dan recht bestaat op een vergoeding als de ziekte het gevolg is van buitengewone gebeurtenissen (*unusual stress*). Dat sprake is van *unusual stress* wordt doorgaans alleen aangenomen als sprake is van een onzorgvuldige, niet te goeder trouw genomen personeelsbeslissing. Feitelijk wordt dan dus, evenals in de staten waarin in de wet is bepaald dat te goeder trouw genomen personeelsbeslissingen geen recht geven op *workers' compensation*, uitgegaan van foutaansprakelijkheid.⁹¹ Uit deze rechtspraak valt daarom het een en ander af te leiden over de normen waaraan een zorgvuldige personeelsbeslissing naar Amerikaans recht moet voldoen, althans volgens de rechters in die bepaalde staat. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak in *Brown & Root Construction Co. v. Duckworth*,⁹² uit welke uitspraak blijkt dat een werkgever een werknemer niet dient te misleiden over zijn perspectieven. In die zaak was werknemer Duckworth tijdens een vakantie van zijn voorman tijdelijk in diens functie aangesteld. Toen de voorman weer terugkwam van vakantie, kreeg Duckworth een vaste aanstelling als voorman. Dit duurde echter niet lang omdat Duckworth weer werd teruggezet naar een lagere functie toen de werkgever, in het kader van reorganisatie, één van de twee functies van voorman ophief. Duckworth werd daarbij toegezegd dat hij weer tot voorman benoemd zou worden, zodra daarvoor een plek beschikbaar zou komen, doch alleen onder de voorwaarde dat hij conciërgewerk zou leren. Duckworth begon daar vervolgens mee, maar kwam er na enige tijd achter dat

89 Zie hierover Joanne Sokachitch, "Good Faith and Fair Dealing in Illinois: An Application in the Employment Context", 187 *University of Illinois Law Review* 183.

90 Onder meer in New York, Alaska, Massachusetts en Montana. Zie verder William K. Shultz, "Mitchell v. State and HRS § 386-3: Workers' Compensation Reform in the State of Hawaii", 21 nr. 2 *University of Hawaii Law Review*, 1999, p. 812.

91 Shultz, 21 nr. 2 *University of Hawaii Law Review*, 1999, p. 828; Stephanie Ann Schrimpf, "Workers' Compensation for Mental Stress Arising from Personnel Decisions", *University of Cincinnati Law Review* 1987, p. 587-613.

92 475 So.2d 813, 816 (Mississippi Supreme Court, 1985).

HOOFDSTUK 16

zijn werkgever helemaal niet van plan was om hem nog tot voorman te bevorderen. Dat bracht bij hem psychische ziekte teweeg.

Het *Mississippi Supreme Court* oordeelde dat de bijeenkomst waarop de werknemer ontdekte dat zijn werkgever hem helemaal niet wilde bevorderen, een ongewone gebeurtenis was geweest die de psychische ziekte had veroorzaakt. De rechters verwierpen het argument van de werkgever dat angst en zorgen over een promotie inherent zijn aan de uitoefening van werkzaamheden. Naar het oordeel van de rechters had de werkgever de werknemer opzettelijk misleid over zijn vooruitzichten. De werknemer had daarom recht op *workers' compensation*.

In een andere uitspraak werd door de rechter geoordeeld dat een werkgever onzorgvuldig handelt indien hij een werknemer, die in het kader van een reorganisatie instemt met een overplaatsing, meedeelt, op een moment dat reeds voorbereidingen voor de overplaatsing worden getroffen, dat hij wordt ontslagen, zonder dat daarvoor nadere gronden worden gegeven.⁹³ Ook daarbij was in feite sprake van misleiding van de werknemer. Ook als onzorgvuldig werd het gedrag aangemerkt van een werkgever die een werknemer bij terugkomst van zijn vakantie meedeelde dat hij niet langer een leidinggevende functie vervulde maar wel een aantal leidinggevende taken behield, zonder daarbij duidelijk te maken welke taken dit waren.⁹⁴ Deze werkgever werd verweten dat hij zijn werknemer onvoldoende informatie had verstrekt. Van onzorgvuldig handelen was daarentegen geen sprake in het geval van een werkneemster die over een langere periode te maken kreeg met wijzigingen in haar functie als gevolg van automatisering en het inhuren van nieuwe werknemers, zonder dat haar werklust daarmee toenam. De werkgever had volgens de rechter niet incorrect gehandeld. De zieke werkneemster kon daarom geen aanspraak maken op *workers' compensation*.⁹⁵

Ook in de literatuur wordt aangenomen dat een werkgever een werknemer voldoende dient te informeren en hem niet moet misleiden over zijn perspectieven. In een analyse van de rechtspraak door Schrimpf⁹⁶ wordt verder nog aangegeven dat een werkgever die wijzigingen wil aanbrengen in de positie van de werknemer, dit met hem moet bespreken, de gronden daarvoor moet toelichten en de werknemer zoveel mogelijk bij het proces moet betrekken. Verder moet een werk-

93 *Guillot v. Sentry Insurance Co.* 472 So.2d 197 (Louisiana Court of Appeals, 1985), kenbaar uit Schrimpf, *University of Cincinnati Law Review* 1987, p. 605.

94 *Korter v. EBI Companies, Inc.* 46 Or. App. 43, 610 P.2d 312 (1980, Oregon Court of Appeals), kenbaar uit Schrimpf, *University of Cincinnati Law Review* 1987, p. 598.

95 *Loh Lin v. Burroughs Corporation* 75 A.D. 2d 702, 427 N.Y.S. 2d 78 (Sup. Ct. App. Div., 1980), kenbaar uit Schrimpf, *University of Cincinnati Law Review* 1987, p. 600.

96 Schrimpf, *University of Cincinnati Law Review* 1987, p. 587-613.

97 Beide aspecten komen naar voren in de zaak *Korter v. EBI Companies, Inc.* 46 Or. App. 43, 610 P.2d 312 (1980).

gever duidelijkheid verstrekken over de precieze taken en verantwoordelijkheden van een werknemer,⁹⁷ is het voor een werkgever aan te raden om ingrijpende wijzigingen in de organisatie zo mogelijk geleidelijk door te voeren,⁹⁸ moet hij een werknemer correct informeren over zijn kansen op promotie,⁹⁹ en moet hij, in geval van ontslag, de redenen hiervoor toelichten. Schrimpf besluit met de opmerking dat het zoveel mogelijk beperken van psychische druk op werknemers in hoge mate een kwestie is van gezond verstand. Werkgevers doen er daarom goed aan om aandacht te besteden aan de emotionele gevolgen voor werknemers van hun personeelsbeslissingen.

16.3 Verplichtingen ter voorkoming van psychische ziekte door personeelsbeslissingen (normen voor een zorgvuldige personeelsbeslissing): evaluatie en eigen opvatting

16.3.1 Algemene verplichtingen; voorzienbaarheidsvereiste

Concrete geschreven normen waaraan een werkgever moet voldoen bij het nemen van personeelsbeslissingen zijn er vrijwel niet, noch in het Nederlandse noch in het Engelse, Duitse of Amerikaanse recht. De geschreven verplichtingen die er op dit vlak bestaan, zijn steeds zeer algemeen en behoeven nadere invulling in de rechtspraak. Het Nederlandse en Duitse recht bevatten wel een geschreven algemene norm die de werkgever gebiedt zich zorgvuldig, als een goed werkgever, jegens zijn werknemers te gedragen, te weten het goed werkgeverschap en de *Fürsorgepflicht*. Het Engelse recht kent een dergelijke norm in ongeschreven vorm, de *duty of mutual trust and confidence*, maar deze heeft geen algemene strekking. In het Amerikaanse recht wordt in zeer uitzonderlijke gevallen in ontslagzaken een *implied covenant of good faith and fair dealing* aangenomen. De betekenis daarvan is echter zeer gering.¹⁰⁰ In de rechtspraak inzake het recht op *workers' compensation* wordt ook wel aangegeven wanneer sprake is van redelijk dan wel onredelijk gedrag van een werkgever bij het nemen van personeelsbeslissingen. Het *workers' compensation* recht kent echter geen algemene norm in dit opzicht, alleen al niet omdat de theorie is dat niet wordt getoetst of de werkgever al dan niet tekort is geschoten in zijn verplichtingen.

Normen ten aanzien van een zorgvuldige personeelsbeslissing zijn wel af te leiden uit de rechtspraak in de onderzochte rechtsstelsels. Het gaat dan niet om een

98 *Loh Lin v. Burroughs Corporation* 75 A.D. 2d 702, 427 N.Y.S. 2d 78 (Sup. Ct. App. Div., 1980).

99 *Brown & Root Construction Co. v. Duckworth* 475 So.2d 813 (Miss. 1985), kenbaar uit Schrimpf, *University of Cincinnati Law Review* 1987, p. 604.

100 Zie Marla J. Weinstein, "The Limitations of Judicial Innovation: A Case Study of Wrongful Dismissal Litigation in Canada and the United States", 14 *Comparative Labor Law Journal* 478, 1993.

HOOFDSTUK 16

algemene verplichting, maar om meer concrete verplichtingen. Waar het gaat om de inhoud van deze verplichtingen zijn veel overeenkomsten te zien tussen de onderzochte rechtsstelsels. Kennelijk denken in elk geval Engelse, Nederlandse, Duitse, en tot op zekere hoogte ook Amerikaanse rechters in belangrijke mate hetzelfde over wat van een werkgever verwacht mag worden bij het nemen van voor werknemers belangrijke beslissingen. Wel is er een verschil tussen enerzijds Nederlands en Duits recht en anderzijds Engels recht waar het gaat om de invulling van de door de werkgever in acht te nemen verplichtingen in het aansprakelijkheidsrecht.¹⁰¹ In het Engelse aansprakelijkheidsrecht geeft schending van een zorgvuldigheidsnorm alleen recht op schadevergoeding als het voor de werkgever voorzienbaar was dat de werknemer psychisch ziek zou worden door de onzorgvuldige personeelsbeslissing.¹⁰² In het Nederlandse en het Duitse aansprakelijkheidsrecht geldt dit voorzienbaarheidsvereiste niet en kan een werkgever ook aansprakelijk zijn voor een onzorgvuldige personeelsbeslissing als zodanig, los van de eventuele gevolgen daarvan voor de gezondheid. Uiteraard dient er wel schade te zijn geleden. Dit kan echter ook zuiver immateriële schade zijn, bestaande uit een aantasting in de persoon.

Ook bij personeelsbeslissingen is aldus een onderscheid terug te vinden tussen een meer grondrechtelijke benadering en een benadering vanuit de optiek van letselschade waar het gaat om het al dan niet eisen als voorwaarde voor aansprakelijkheid dat letsel voorzienbaar moet zijn geweest. Anders dan bij discriminatie/intimidatie en tot op zekere hoogte pesten betekent het feit dat een meer grondrechtelijke benadering wordt gevolgd echter niet zonder meer, in elk geval niet in het Nederlandse recht, dat steeds als wordt vastgesteld dat sprake is van een onzorgvuldige personeelsbeslissing, ook recht op smartengeld bestaat. Hierop kom ik nog terug in § 16.5. Op deze plaats zij opgemerkt dat ik op zichzelf een meer grondrechtelijke benadering van de aansprakelijkheid voor onzorgvuldige personeelsbeslissingen onderschrijf. Reden daarvoor is vooral dat naar mijn mening een werkgever ook dan gehouden is om zorgvuldig met de belangen van een werknemer om te gaan als niet (direct) voorzienbaar is dat de werknemer door een onzorgvuldige handelwijze ziek zal worden. Fatsoensnormen met betrekking tot een te nemen personeelsbeslissing dienen in acht te worden genomen, los van de vraag of schending ervan tot ziekte zal leiden. Feitelijk is dat nu ook reeds het uitgangspunt in het Nederlandse recht, zij het dat de sanctie op niet-nakoming van zorgvuldigheidsverplichtingen door de werkgever in veel gevallen niet zozeer aansprakelijkheid is voor de daardoor ontstane schade, als wel toekenning van een (hogere) ontslagvergoeding. Waar aansprakelijkheid wordt aangenomen voor schending van een zorgvuldigheidsverplichting door de

101 In het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht is überhaupt geen aansprakelijkheid mogelijk voor (psychisch letsel als gevolg van) onzorgvuldige personeelsbeslissingen. Zie § 16.2.5.

102 Zie § 16.2.3.

werkgever is dit bijna steeds in gevallen waarin geen ontslagsituatie aan de orde is.¹⁰³

Het lijkt me echter dat de norm die in het ontslagrecht wordt gehanteerd ten aanzien van personeelsbeslissingen, niet wezenlijk zou moeten verschillen van de norm die in dit opzicht in het aansprakelijkheidsrecht wordt toegepast. Een bepaalde handelwijze is onzorgvuldig of is dit niet. Het lijkt me niet goed en overigens ook niet praktisch als in het ontslagrecht andere inhoudelijke normen zouden worden gevolgd dan in het aansprakelijkheidsrecht. Daarom lijkt me dat, als in het ontslagrecht wordt geoordeeld dat een werkgever verwijtbaar handelt als hij een onzorgvuldige personeelsbeslissing neemt, een vergelijkbare gedraging in het aansprakelijkheidsrecht moet worden aangemerkt als een tekortkoming van de werkgever. Dat betekent overigens niet dat de sanctie op die gedraging in beide gevallen ook hetzelfde moet zijn. In het ontslagrecht wordt immers een vergoeding toegekend als dit gelet op alle omstandigheden van het geval billijk wordt geacht, terwijl in het aansprakelijkheidsrecht daarvoor vereist is dat sprake is van materiële schade of van voor vergoeding in aanmerking komende immateriële schade. Het kan dus zo zijn dat een onrechtmatige personeelsbeslissing wel recht geeft op een ontslagvergoeding, omdat aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, maar dat dezelfde onrechtmatige beslissing in een aansprakelijkheidsprocedure geen recht geeft op schadevergoeding, omdat geen sprake is van vergoedbare schade.

16.3.2 Concrete invulling zorgvuldigheidsverplichting

Aan welke normen dient een zorgvuldige werkgeversbeslissing nu in concreto te voldoen? Uit de in de § 16.2.2 tot en met § 16.2.5 besproken rechtspraak en literatuur vallen in elk geval de volgende normen af te leiden:

- een werkgever dient een werknemer naar behoren te informeren over (de gevolgen van) voor hem belangrijke beslissingen, zoals het geven van een onvoldoende beoordeling, het niet verlengen van een aanstelling, het niet geven van promotie, het wijzigen van arbeidsvoorwaarden, en het overgaan tot ontslag, en over de redenen voor die beslissingen;
- een werknemer mag niet zonder goede reden en zonder grondig onderzoek beschuldigd worden van gedragingen als seksuele intimidatie en diefstal;
- beschuldigingen van gedragingen als seksuele intimidatie en diefstal dienen direct onderzocht te worden; een dergelijk onderzoek dient op faire wijze plaats te vinden;

103 Zie bijvoorbeeld HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667 (Nuts/Hofman); Ktr. Amsterdam 7 mei 1996, JAR 1996, 134 (beschuldiging kastekorten); Ktr. Amsterdam 28 mei 1998, JAR 1998, 145 (tegenstrijdige berichtgeving over vervallen arbeidsplaats); Ktr. Alkmaar 19 augustus 1998, JAR 1998, 191 (beschuldiging van seksuele intimidatie); Ktr. Amsterdam 6 januari 1995, JAR 1995, 57 (arbeidsongeschiktheid wegens niet herplaatsen). Zie verder § 16.2.2.

HOOFDSTUK 16

- een werknemer mag niet zonder goede reden geschorst worden;
- een werknemer mag niet zonder goede reden gedegradeerd worden;
- een werkgever mag niet ten onrechte met ontslag dreigen;
- een werkgever dient bij het nemen van een ingrijpende personeelsbeslissing rekening te houden met relevante persoonlijke omstandigheden van een werknemer;
- een werkgever dient kritiek op het functioneren op faire wijze te uiten, dat wil zeggen in beginsel niet in aanwezigheid van andere werknemers en niet op een moment dat een werknemer na ziekte weer het werk tracht te hervatten;
- een werkgever moet serieus ingaan op klachten van een werknemer over gebeurtenissen in de onderneming of over veiligheid op het werk;
- een werkgever moet zijn eigen disciplinaire regels volgen;
- werknemers moeten zo mogelijk gelijk behandeld worden;
- een werkgever dient mee te werken aan reïntegratie bij ziekte (in elk geval in het Nederlandse recht);
- een werkgever moet, voor zover mogelijk, problemen op de werkvloer die ziekte tot gevolg (dreigen te) hebben, oplossen;
- een werkgever moet in beginsel een werknemer horen alvorens beslissingen te nemen die hem raken;
- een werkgever dient in beginsel een werknemer te waarschuwen alvorens sancties tegen hem worden genomen;
- een werkgever moet bij het nemen van disciplinaire maatregelen nagaan of met een lichtere sanctie dan bijvoorbeeld ontslag of schorsing kan worden volstaan;
- een werkgever dient ondersteuning te bieden aan een net gepromoveerde leidinggevende;
- een werkgever moet duidelijkheid verstrekken over de taken en verantwoordelijkheden van een werknemer;
- een werkgever dient een werknemer niet te benadelen en ontslaan omdat hij een misstand naar buiten heeft gebracht.

Het merendeel van deze verplichtingen heeft betrekking op bepaald gedrag dat van een werkgever verwacht wordt. Daarnaast zijn er een aantal gedragingen die een werkgever moet nalaten. In het algemeen houden de verplichtingen in dat een werkgever zorgvuldig met de belangen van zijn werknemers moet omspringen en zijn werknemers niet onnodig mag beschadigen. Ook is van belang dat beslissingen gemotiveerd worden en dat de werkgever zijn eigen beleid toepast. Het gaat hierbij steeds om concrete, op de omstandigheden van het geval toegepaste, verplichtingen. Daarnaast gaat het, zoals ook reeds opgemerkt in § 16.1, vrijwel steeds om normen die de werkgever bij zijn eigen gedragingen in acht moet nemen, en niet om verplichtingen met betrekking tot het doen stoppen of juist stimuleren van gedragingen van ondergeschikten. Handelt een werkgever in strijd met één van de genoemde verplichtingen, dan zal dit in de meeste gevallen

de conclusie rechtvaardigen dat sprake is van een onrechtmatige handelwijze. Het moet dan wel om een ernstige normschending gaan. In geval van een lichtere overtreding kan gezegd worden dat weliswaar sprake was van een niet geheel juiste of wellicht ook onzorgvuldige handelwijze, doch zal deze niet steeds als een daadwerkelijke tekortkoming, welke recht geeft op een vergoeding, aangemerkt kunnen worden.

16.3.3 Volle of marginale toets

De toets of een werkgever aan voornoemde normen heeft voldaan en aldus – in de Nederlandse terminologie – als een goed werkgever heeft gehandeld, is in beginsel een volle toets, dat wil zeggen dat de rechter de handelwijze van de werkgever inhoudelijk moet toetsen. Dat volgt uit het arrest van de Hoge Raad in de zaak Nuts/Hofman.¹⁰⁴ De Hoge Raad heeft daarbij echter de kanttekening gemaakt dat de rechter wel rekening moet houden met de beoordelingsvrijheid van de werkgever. Dat duidt weer meer op een marginale toets waarbij de beleidsvrijheid van de werkgever intact wordt gelaten. De situatie in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is dus niet geheel duidelijk.¹⁰⁵ In het ontslagrecht mag de rechter in beginsel alle aspecten van een ontslag betrekken bij de vraag of het ontslag redelijk was. Sommige rechters doen dit ook. Er zijn echter ook rechters die, zeker bij bedrijfseconomische ontslagen, als uitgangspunt nemen dat het de bevoegdheid van de werkgever is om tot reorganisatie, ontslag enz. te besluiten en dat het niet de bedoeling is dat de rechter op de stoel van de werkgever gaat zitten.¹⁰⁶ Ook in het ontslagrecht is de situatie dus niet geheel duidelijk. De invloed van de individuele rechter is daarom groot.

Naar Duits recht is de toetsing aan de *Fürsorgepflicht* een volle toetsing. De omvang van die toets varieert al naar gelang de omstandigheden. Met de belangen van een werknemer moet meer rekening gehouden worden indien hij/zij kwetsbaar is bijvoorbeeld vanwege leeftijd, geslacht, handicap etc., en ook als sprake is van een lang dienstverband. Verder hangt de omvang van de toets aan de *Fürsorgepflicht* af van de positie van de werknemer ten opzichte van de werkgever. Heeft de werkgever een grotere vrijheid om de werknemer eenzijdig instructies te geven ten aanzien van de arbeid en de orde in de onderneming (directie-recht), dan weegt de *Fürsorgepflicht* zwaarder en vice versa.¹⁰⁷

104 HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667.

105 Zie ook M.A.C. de Wit, "Halfvol in plaats van halfleeg? Goed werkgeverschap en de rechterlijke toetsing", in *Het actuele recht; rechtspraak anno 1993 in 67 tilburgse bijdragen*, red. R.D. Vriesendorp, Lelystad 1993, p. 255-258. Zie ook Heerma van Voss, 1999, p. 40.

106 Zie voor één van de vele voorbeelden: Ktr. Maastricht 28 mei 2004, JAR 2004, 155.

107 Vgl. De Wit, diss. 1999, p. 62-63 en de daar genoemde literatuur.

HOOFDSTUK 16

In het Engelse ontslagrecht is het uitgangspunt dat de rechter niet zijn beslissing in de plaats van die van de werkgever mag stellen. Er mag bovendien niet worden aangenomen dat maar één soort beslissing genomen had kunnen worden, maar er moet rekening gehouden worden met een marge waarbinnen verschillende personeelsbeslissingen mogelijk zijn. Blijkens de literatuur wordt deze marge zodanig opgerekt dat niet snel wordt aangenomen dat een ontslag onredelijk is.¹⁰⁸ In het aansprakelijkheidsrecht is nog niet geheel duidelijk hoe vol of marginaal het werkgevershandelen getoetst moet worden. In de zaak *Malik and Mahmud v Bank of Credit and Commerce International SA (in liquidation)*¹⁰⁹ heeft het *House of Lords* overwogen dat de vraag of de *duty of mutual trust and confidence* is geschonden objectief getoetst moet worden, dat wil zeggen dat niet moet worden nagegaan of de werknemer inderdaad geen vertrouwen meer heeft in zijn werkgever, maar of het gedrag van de werkgever geëigend was om dit verlies aan vertrouwen te bewerkstelligen. De reikwijdte van deze toets is nog niet geheel duidelijk.¹¹⁰ Volgens Brodie heeft de *duty of mutual trust and confidence* met name betrekking op procedurele aspecten en laat deze de beleidsvrijheid van werkgevers onverlet.¹¹¹ In het Amerikaanse recht is een terughoudende toets de regel. Rechters toetsen in de regel niet of een besluit inhoudelijk gezien redelijk is, maar kijken met name naar de meer procedurele aspecten van de zaak, zoals of aan een werknemer correcte informatie is verstrekt, of hij niet is misleid over zijn perspectieven, etc.

De benadering van de Engelse en Amerikaanse rechter lijkt met name ingegeven te zijn door de angst om de vrijheid van ondernemen van de werkgever teveel aan banden te leggen. In Nederland en Duitsland wordt daarentegen, in elk geval door een deel van de rechters en schrijvers, meer belang gehecht aan een zorgvuldige behandeling van werknemers en wordt als uitgangspunt genomen dat een werkgever die zorgvuldig handelt, geen belemmeringen ondervindt van een inhoudelijke beoordeling van zijn gedragingen. De beste route lijkt hier, zoals zo vaak, de gulden middenweg te zijn. Een zuiver marginale toets van werkgevershandelen laat mijns inziens teveel ruimte voor misbruik van bevoegdheden. Er is dan nauwelijks tot geen controle meer mogelijk op beslissingen tot degradatie, ontslag etc. Een dergelijke benadering sluit ook niet aan bij de uitgangspunten van het Nederlandse arbeidsrecht, waaronder het uitgangspunt van ongelijkheidscompensatie.¹¹² Het vol toetsen van (alle) gedragingen van werkgevers perkt de vrijheid van werkgevers om binnen de wettelijke grenzen het functione-

108 Vgl. G. Pitt, *Employment law* 4th ed., Londen 2000, p. 249-250, die aangeeft dat alleen bijna perverse ontslagbeslissingen onredelijk worden geacht.

109 [1997] 3 All ER (House of Lords).

110 Zie Pitt, 2000, p. 123 en Brodie, *Industrial Law Journal* 1998, p. 92.

111 Brodie, *Industrial Law Journal* 1998, p. 94-96. Zie ook § 16.2.3.

112 Van der Heijden 2004 (*T&C Arbeidsrecht*), Boek 7, titel 10, algemene opmerkingen, aant. 4.

ren van werknemers te beoordelen, na te gaan welke werknemers promotie verdienen of voor wie ontslag moet worden aangevraagd etc., te ver in. Een 'halfvolle' toets, waarbij niet alleen een procedurele, maar ook een zekere inhoudelijke toets kan plaatsvinden, maar waarbij de werkgever wel de noodzakelijke beoordelingsvrijheid wordt gelaten, lijkt daarom het meest passend. De precieze invulling van die toets zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Een goede motivering, waarbij met name duidelijk wordt gemaakt in welke opzichten een werkgever tekort is geschoten in de van hem te verwachten zorgvuldigheid, is daarbij wenselijk.

16.3.4 Artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW

Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische ziekte als gevolg van een onzorgvuldige personeelsbeslissing wordt, blijkens de in § 16.2.2 besproken rechtspraak, in de regel gebaseerd op artikel 7:611 BW en niet op artikel 7:658 BW. Dit is naar mijn mening ook logisch omdat bij personeelsbeslissingen, anders dan bij de in de voorgaande hoofdstukken besproken mogelijke oorzaken van psychische ziekten, in de meeste gevallen noch is voldaan aan het eerste door mij geformuleerde toepassingsvereiste voor artikel 7:658 BW, te weten dat sprake moet zijn geweest van schending van een concrete verplichting, noch aan het tweede, namelijk dat het ontstaan van ziekte in de normale lijn der verwachting moet hebben gelegen. De normen waaraan een zorgvuldige personeelsbeslissing moet voldoen, zijn niet altijd duidelijk en verschillen sterk per afzonderlijke situatie. Van een concrete norm is daarom niet steeds sprake. Daarnaast ligt het niet steeds voor de hand dat, zoals hieronder ook besproken zal worden in § 16.4, dat een onzorgvuldige personeelsbeslissing ziekte veroorzaakt. Ik ben er daarom een voorstander van om eventuele aansprakelijkheid voor psychische ziekte als gevolg van een personeelsbeslissing in principe te baseren op artikel 7:611 BW, waarbij uitzonderingen mogelijk zijn in die gevallen waarin een bepaalde verplichting wel voldoende concreet is en waarbij het wel voor de hand ligt dat niet naleving ervan ziekte teweeg brengt. Hierbij kan gedacht worden aan de ernstiger tekortkomingen, zoals bijvoorbeeld schending van de verplichting om een werknemer niet ten onrechte te beschuldigen van gedragingen als diefstal of seksueel misbruik, schending van de verplichting om een werknemer niet zomaar uit zijn functie te ontheffen en/of te schorsen, e.d.

16.4 Toerekening van schade bij onzorgvuldige personeelsbeslissingen

16.4.1 Toerekening naar Nederlands en Engels recht

De vraag in hoeverre er ruimte is voor toerekening van schade aan de werkgever als bedoeld in artikel 6:98 BW is een belangrijke waar het gaat om psychisch letsel als gevolg van een onzorgvuldige personeelsbeslissing van een werkgever. Kenmerkend voor dit soort beslissingen is namelijk dat het niet steeds voor de hand

HOOFDSTUK 16

ligt dat een werknemer daardoor psychisch ziek wordt.¹¹³ Zo is het maar de vraag of, om een voorbeeld te noemen, de psychische ziekte van een werknemer die is ingestort na een kritische beoordeling, aan de werkgever moet worden toegerekend of dat moet worden gezegd dat deze vorm van letsel te ver buiten de normale lijn der verwachting ligt.

In het reeds herhaaldelijk genoemde arrest Nuts/Hofman¹¹⁴ liet de Hoge Raad de uitspraak van de rechtbank in stand waarin het psychisch letsel van Hofman volledig aan Nuts was toegerekend. Hofman was, zoals reeds aangegeven in § 16.2.2, psychisch ziek geworden nadat hij, na 25 jaar dienstverband, te horen had gekregen dat er bedenkingen waren over zijn functioneren en Nuts vervolgens, ondanks herhaalde verzoeken daartoe, weigerde deze bedenkingen toe te lichten. De vraag was vervolgens of de schade van Hofman wel aan Nuts toegerekend kon worden, mede in aanmerking nemend dat Hofman reeds aan een depressie leed en onder psychiatrische behandeling stond. De rechtbank was van oordeel dat ondanks deze omstandigheden een ruime toerekening op zijn plaats was. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand:

“Het middel wordt tevergeefs voorgesteld. Het erdoor bestreden oordeel (van de rechtbank, MV) moet klaarblijkelijk worden verstaan in die zin dat de met de eis van art. 1638z onverenigbare wijze waarop Nuts zich sedert het gesprek jegens Hofman had gedragen, het gevaar dat de labiele psychische gesteldheid van Hofman tot het voortduren en verergeren van diens na dat gesprek ingetreden arbeidsongeschiktheid zou leiden, heeft verhoogd en dat, nu dit gevaar zich heeft verwezenlijkt, de door Hofman deswege geleden schade als een gevolg van het bedoelde gedrag van Nuts aan deze moet worden toegerekend. Aldus verstaan geeft dit oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl de rechtbank ook niet in haar motiveringsplicht is te kort geschoten.”

De Hoge Raad rekent het letsel van Hofman aldus aan Nuts toe op dezelfde ruime wijze als gebruikelijk is bij schending van een veiligheids- of verkeersverplichting.¹¹⁵ De reden daarvoor maakt de Hoge Raad niet duidelijk. Deze kan mogelijk gelegen zijn in het opzettelijke karakter van de normschending, het feit dat tussen partijen een arbeidsverhouding bestond en het feit dat het voor Nuts voorzienbaar was of had moeten zijn dat de psychische klachten van Hofman zouden verergeren bij een onzorgvuldige behandeling, omdat Nuts wist dat Hofman in psychisch opzicht kwetsbaar was.¹¹⁶

In het eveneens in § 16.2.2 besproken arrest Van der Peijl/Erasmus College¹¹⁷ rekent de Hoge Raad het psychisch letsel van Van der Peijl echter niet toe aan het

113 Zie ook Lindenbergh, *AV&S* 2003, p. 17.

114 HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667.

115 Zie uitgebreid over toerekening van schade: § 3.7.

116 Zie § 3.7.2.

117 HR 27 februari 1987, *NJ* 1987, 584.

Erasmus College, dit terwijl de in deze zaak geschonden norm – het niet meedelen van de (ware) gronden voor het niet verlengen van de tijdelijke aanstelling van Van der Peijl – sterke overeenkomsten vertoont met de in Nuts/Hofman geschonden norm. Het hof had in deze zaak geoordeeld dat, gelet op de aard van de overtreden norm – strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid oftewel een algemene zorgvuldigheidsnorm – de materiële schade (met name verlies aan inkomsten) die Van der Peijl stelde te hebben geleden doordat hij psychisch ziek was geworden door toedoen van het Erasmus College, niet aan het College kon worden toegerekend omdat deze schade te ver buiten de lijn der normale verwachtingen lag. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand. Het verschil tussen beide arresten is moeilijk verklaarbaar. Wellicht heeft dit te maken met het feit dat Nuts op de hoogte was van de labiele gesteldheid van Hofman, terwijl niet blijkt dat dit ook het geval was in de relatie tussen Van der Peijl en het Erasmus College. In de lagere rechtspraak lijkt voor de vraag of psychische ziekte als gevolg van een onzorgvuldige personeelsbeslissing aan de werkgever moet worden toegerekend, vooral bepalend te zijn of de ziekte binnen de normale lijn der verwachting lag. In de zaak van de werkneemster die op nogal brute wijze werd ondervraagd over kastekorten bij een bank, daardoor psychisch ziek werd, toen te horen kreeg dat tot ontslag zou worden overgegaan en pas een tijd later werd gerehabiliteerd, rekende de kantonrechter de gevolgen van de ziekte zonder meer toe aan de werkgever met de overweging dat:

“nu het causaal verband tussen de ondervraging en verdere aanpak en de ziekte onvoldoende is betwist en het ook overigens niet buiten de lijn van de normale verwachtingen ligt dat de wijze van ondervraging en de aanpak nadien, uitval wegens ziekte teweeg kan brengen, is er naar het oordeel van de kantonrechter reden om op de voet van artikel 6:106 BW een schadevergoeding toe te kennen.”¹¹⁸

In de zaak van de werknemer, die als enige na een reorganisatie niet werd benoemd in een nieuwe functie en daardoor psychisch ziek werd, wees de rechter zijn vordering tot toekenning van een vergoeding voor immateriële schade, echter af op grond van de volgende overweging:

“Voorwaarde voor (de aanspraak op vergoeding van) schade wegens psychisch letsel is de aannemelijkheid dat dit letsel een gevolg is van handelen van de werkgever dat adequaat is om dit letsel te veroorzaken. Dat Enci zich aan een dergelijke handelwijze schuldig zou hebben gemaakt, is geenszins aannemelijk geworden. Het feit dat Enci in de processtukken heeft gesteld dat Franssen een negatieve werkhouding had en het bewijs daarvan heeft trachten te leveren, kan op zichzelf niet gekwalificeerd worden als een handelwijze die geëigend is of gericht is op het toebrengen van (ernstig) psychisch leed.”¹¹⁹

118 Ktr. Amsterdam 28 mei 1998, *JAR* 1998, 145. Zie ook § 16.2.2.

119 Ktr. Maastricht 17 april 2002, *JAR* 2002, 161.

HOOFDSTUK 16

De rechter lijkt hier te bedoelen – geheel duidelijk is dat niet omdat *conditio sine qua non*-verband en toerekening in deze uitspraak door elkaar lopen – dat het niet in de normale lijn der verwachting ligt dat de handelwijze van de werkgever, dus het niet benoemen van de werknemer in een functie na de reorganisatie, psychisch letsel teweeg brengt. Daarom kan dit letsel, voor zover daarvan daadwerkelijk sprake is (de rechter uit ook daar twijfels over), niet aan de werkgever worden toegerekend. Daarbij dient wel bedacht te worden dat het criterium van de voorzienbaarheid van schade slechts één van de gezichtspunten is in het kader van artikel 6:98 BW. Voor zover de kantonrechter Maastricht heeft bedoeld alleen aan dit criterium te toetsen, staat zijn vonnis derhalve op gespannen voet met artikel 6:98 BW.

De voorzienbaarheid van de ziekte lijkt in elk geval een belangrijke rol te spelen bij het al dan niet toerekenen van de gevolgen ervan evenals de ideeën van de rechter over het geëigend zijn van een bepaalde handelwijze voor het veroorzaken van psychische ziekte en de aard van de geschonden norm. Worden de twee laatste uitspraken tegen elkaar afgezet, dan kan bijvoorbeeld gezegd worden dat de rechter het meer voor de hand vindt liggen dat een beschuldiging van kaste-korten en een *unfaire* wijze van ondervragen tot psychische ziekte leidt dan dat dit het geval is bij het niet benoemen van een werknemer in een nieuwe functie na een reorganisatie. De eerste normschending lijkt ernstiger dan de tweede en daarmee meer geëigend voor het veroorzaken van ziekte.

In het Engelse aansprakelijkheidsrecht wordt, zoals besproken in § 7.4.2, op vergelijkbare wijze omgegaan met het leerstuk van de toerekening van psychisch letsel als in het Nederlandse recht, met dien verstande dat psychisch en fysiek letsel in het Engelse recht niet als aparte schadesoorten worden aangemerkt waar het gaat om de toerekening ervan. Rechtspraak over de toerekening van de gevolgen van een onzorgvuldige personeelsbeslissing is echter schaars. Alleen in *Johnson v Unisys*¹²⁰ wordt door Lord Steyn aangegeven dat de vordering van Johnson, als hij überhaupt al toewijsbaar zou zijn, zou stranden op het punt van *remoteness*, gelet op het bewijs dat Johnson in dat geval zou moeten bijbrengen van de kennis die zijn werkgever had over het risico op psychische ziekte ten tijde van zijn ontslag in 1990.¹²¹ Johnson zou dit bewijs niet kunnen leveren, aldus Lord Steyn, nu het enige dat hij in dit opzicht had aangevoerd, was dat Unisys op verschillende momenten in de jaren 1985, 1986 en 1987 op de hoogte was van zijn psychische kwetsbaarheid. Lord Steyn legt hier de nadruk dus sterk op het element van de voorzienbaarheid, een element dat, zoals hiervoor aangegeven, ook in het Nederlandse recht zwaar meeweegt.

120 [2001] IRLR 279; [2001] ICR 480 (House of Lords).

121 Sub 29 van de uitspraak.

16.4.2 *Toerekening van schade bij onzorgvuldige personeelsbeslissingen: evaluatie en eigen opvatting*

Zoals ik reeds heb aangegeven in § 3.7.4 ben ik van mening dat psychisch letsel op dezelfde (ruime) wijze dient te worden toegerekend aan de werkgever als lichamelijk letsel indien de geschonden norm strekt(e) ter voorkoming van letsel. Dat geldt ook voor normen voor het nemen van een zorgvuldige personeelsbeslissing. Lastig daarbij is, zoals gezegd, dat het bij deze normen niet altijd eenvoudig is om vast te stellen of zij nu strekken ter voorkoming van letsel of slechts beogen te waarborgen dat een zorgvuldige personeelsbeslissing wordt genomen. Lindenbergh heeft opgemerkt dat normen als in dit hoofdstuk aan de orde alleen dan aanleiding zullen geven tot psychische schade van betekenis indien de betrokken werknemer in psychisch opzicht kwetsbaar is of als het gaat om een zeer ernstig conflict tussen werkgever en werknemer.¹²² Daarop voortbordurend zou je kunnen zeggen dat alleen in die gevallen schade ruim toegerekend zou moeten worden. Wat betreft het eerste geval – psychische kwetsbaarheid van de werknemer – lijkt me dat wel een goed uitgangspunt, doch alleen indien de werkgever op de hoogte is of behoort te zijn van die kwetsbaarheid. Is dit het geval, dan dient een werkgever daarmee rekening te houden bij het nemen van zijn personeelsbeslissing. Laat hij dit na en ontstaat er psychische arbeidsongeschiktheid bij de werknemer, dan is er geen belemmering voor toerekening ervan. Ook een ernstig conflict kan inderdaad psychische ziekte veroorzaken. Het lijkt mij echter beter om, vanuit de vraagstelling wanneer er ruimte is voor toerekening van psychisch letsel als gevolg van een personeelsbeslissing, te spreken over een categorie van normschendingen waarbij het, vanwege hun ernst, te verwachten is dat zij een ernstig conflict en daarmee psychisch letsel teweeg zullen brengen. Het conflict ontstaat in de regel namelijk na de onzorgvuldige handelwijze of beslissing van de werkgever. Tot deze tweede categorie behoren mijns inziens ernstige normschendingen als het uiten van een onterechte zware beschuldiging (denk aan diefstal of seksueel misbruik) en het bekend maken daarvan binnen de organisatie, ernstige misleiding van een werknemer, een onverwachte degradatie zonder goede redenen daarvoor, en dergelijke. Het ontstaan van psychisch letsel ligt daarbij, gelet op de aard van de geschonden norm, in de normale lijn der verwachting. Anders ligt dit mijns inziens bij minder ernstige tekortkomingen, zoals het niet meedelen van de redenen voor het niet verlengen van een tijdelijk contract, het niet (steeds) serieus ingaan op klachten van een werknemer of het niet gelijk belonen van een werknemer in vergelijking tot zijn collega's.

122 Lindenbergh, AV&S 2003, p. 17.

HOOFDSTUK 16

16.5 Vergoeding van immateriële schade als gevolg van onzorgvuldige personeelsbeslissingen*16.5.1 Rechtsvergelijkend overzicht*

In § 16.3.1 is aangegeven dat naar Nederlands en Duits recht onzorgvuldige personeelsbeslissingen ook aanspraak kunnen geven op schadevergoeding als niet vaststaat dat tevens psychisch letsel is ontstaan. Wel dient dan, naar Nederlands recht, sprake te zijn van een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106 lid 1 sub BW, en naar Duits recht, van een inbreuk op de vrijheid, gezondheid of seksuele integriteit indien schadevergoeding wordt gevorderd wegens niet nakoming van de arbeidsovereenkomst, of van een ernstige en verwijtbare inbreuk op het persoonlijkheidsrecht van de werknemer indien een beroep wordt gedaan op onrechtmatige daad.¹²³ Is door de personeelsbeslissing daadwerkelijk psychisch letsel ontstaan, dan kan dat een verhogend effect hebben op het smartengeld. Naar Engels aansprakelijkheidsrecht is voor het recht op een vergoeding van immateriële schade vereist dat sprake is van een *recognised psychiatric injury*. Alleen in het ontslagrecht kan ook een vergoeding worden verkregen voor *injury to feelings*. In het Amerikaanse recht wordt immateriële schade als gevolg van een personeelsbeslissing in principe niet als vergoedbare schade beschouwd.

In het Nederlandse en Duitse recht wordt dus ook bij personeelsbeslissingen tot op zekere hoogte een grondrechtelijke benadering gevolgd, waarbij een sanctie staat op een bepaalde gedraging als zodanig, los van de gevolgen voor de gezondheid daarvan. Met aansprakelijkheid voor personeelsbeslissingen wordt in die zin dus op vergelijkbare wijze omgegaan als met aansprakelijkheid voor intimidatie en discriminatie. Dit geldt overigens met name in het civiele recht. De (Nederlandse) ambtenarenrechter is terughoudender met de toekenning van smartengeld in geval van een onzorgvuldige personeelsbeslissing en gaat hier alleen dan toe over als ofwel sprake is van aantasting van de eer of goede naam van de ambtenaar ofwel van een psychische ziekte in de vorm van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. In het civiele recht wordt ook wel smartengeld toegekend in gevallen waarin niet evident sprake is van aantasting van de eer of goede naam van een werknemer of van een erkende psychiatrische ziekte, maar bijvoorbeeld van overspanningsklachten.

Zo werd in de zaak van de werkneemster die enige tijd op psychische gronden arbeidsongeschikt was geweest na de onterechte beschuldiging dat zij kastekorten had veroorzaakt, een bedrag van f 15.000,- aan smartengeld toegekend, hoewel geen sprake was van een erkende psychiatrische ziekte, maar alleen van een periode van overspannenheid.¹²⁴ De eer en goede naam van de werkneemster waren natuurlijk ook aangetast geweest, maar dit was min of meer goed gemaakt

123 Zie nader § 8.4.1.

124 Ktr. Amsterdam 28 mei 1998, JAR 1998, 145.

door uitdrukkelijke rehabilitatie. In een wat oudere zaak, uit 1988, van de kantonrechter Rotterdam werd aan een werknemer smartengeld ter hoogte van f 14.000,- toegekend omdat hij psychisch ziek was geworden door een degradatie.¹²⁵ Ook daar stond de ernst van de ziekte niet vast. Wel was aan de werknemer een volledige WAO-uitkering toegekend. De kantonrechter motiveerde de toekenning van het smartengeld met de overweging dat, "nu de werknemer door de wijze waarop met hem als personeelslid is omgegaan, leed heeft ondervonden", toekenning van een vergoeding van immateriële schade billijk is.¹²⁶

Soms wordt een wat lagere vergoeding van immateriële schade toegekend als de rechter van oordeel is dat hiervoor wel aanleiding is en er ook wel sprake is van ziekte, maar deze niet bijzonder ernstig lijkt te zijn. Zo werd aan de werknemer, die enige tijd om psychische redenen ziek thuis was geweest na tegenstrijdig berichtgeving over het vervallen van haar arbeidsplaats, een bedrag aan smartengeld toegekend van f 5.000,-,¹²⁷ en aan een werknemer die enige tijd ziek was geweest door de aanzegging dat zij maar een andere baan moest zoeken naar aanleiding van een kwestie waarin zij het gelijk aan haar zijde had, een bedrag van f 500,- voor ondervonden leed.¹²⁸

Uitschieters naar boven zijn er ook. Zo kon Hofman in de zaak Nuts/Hofman aanspraak maken op een vergoeding van f 25.000,- voor immateriële schade (in die zaak was wel sprake van een psychiatrische ziekte) en werd aan de werknemer die ten onrechte van seksuele intimidatie was beschuldigd, eveneens een bedrag van f 25.000,- aan smartengeld toegekend.¹²⁹ Van een erkende psychiatrische ziekte was in die zaak geen sprake, wel van psychische spanningen, aantasting van de eer en goede naam van de werknemer en inbreuk op zijn privacy. In de reeds in § 16.2.2 besproken zaak, waarin een werkgever tevergeefs ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een werknemer had gevraagd (omdat de werkgever meende dat de werknemer een voor hem krenkend pamflet had opgehangen), en vervolgens naliet om de werknemer eerherstel te bezorgen en zijn positie

125 Ktr. Rotterdam 7 januari 1988, *PrG* 1988, 2836.

126 Zie ook Ktr. Eindhoven 8 maart 1990, *NJ* 1992, 145 – smartengeld ad f 6.000,- wegens psychische ziekte van onduidelijke ernst na aanbieden werk waarvoor de werknemer al eerder ziek was geworden. Zie ook Ktr. Terborg 25 maart 1993, *JAR* 1993, 141 – toekenning van een vergoeding van immateriële schade ter hoogte van f 15.000,- wegens psychische ziekte van onduidelijke ernst die is ontstaan doordat de werkgever de werknemer niet zijn werkzaamheden wilde laten hervatten na ziekte.

127 Ktr. Amsterdam 7 mei 1996, *JAR* 1996, 134.

128 Ktr. Amsterdam 19 september 1986, *PrG* 1986, 2593. Zie ook Ktr. Utrecht 20 september 1994, *PrG* 1994, 195 – toekenning van f 5.000,- wegens opdragen niet passende functie, het dreigen met ontslag op staande voet in geval van niet accepteren van die functie en het niet uitvoeren van een kort geding vonnis waarin tewerkstelling in de eigen functie werd bevolen.

129 Ktr. Alkmaar 19 augustus 1998, *JAR* 1998, 191.

HOOFDSTUK 16

te herstellen en ook niet bereid bleek om hem in een passende functie te herplaatsen, werd aan de werknemer een vergoeding van immateriële schade van f 50.000,- toegekend (naast volledige vergoeding van inkomensschade).¹³⁰ De werknemer was door de gang van zaken langdurig arbeidsongeschikt geworden.

De ambtenarenrechter is, zoals gezegd, terughoudender, zowel ten aanzien van het toekennen van smartengeld als zodanig als met betrekking tot de omvang daarvan. Illustratief in dit opzicht is de uitspraak van de CRvB in de zaak waarin twee politieambtenaren ten onrechte waren beschuldigd van aanranding en verkrachting van een collega en vervolgens waren geschorst en ontslagen.¹³¹ De ontslagbesluiten werden uiteindelijk herroepen en aan de ambtenaren werd een bedrag van f 5.000,- aan smartengeld betaald in verband met de aantasting van hun eer en goede naam en f 2.500,- vanwege de onterechte schorsing. De ambtenaren maakten echter ook aanspraak op smartengeld in verband met het psychisch letsel dat het gevolg was geweest van de wijze waarop zij waren behandeld. De CRvB kende vervolgens aan één van de twee politieambtenaren een aanvullende vergoeding van immateriële schade toe van € 2.300,- omdat bij hem sprake was geweest van een erkende psychiatrische ziekte. Deze ambtenaar was in 1995 namelijk begeleid door een psycholoog en had zich van december 1996 tot en met 5 november 1997 en van 7 juni 2000 tot en met 22 augustus 2001 onder psychiatrische behandeling moeten stellen. Blijkens een brief van de psychiater die de ambtenaar in de laatste periode had behandeld, had de ambtenaar "met name als gevolg van de langdurige procedure van rechtvaardiging en eerherstel van de beschuldiging van verkrachting" psychische en psychosomatische klachten gekregen en had de therapie zich met name toegespitst op het conflict en de werksituatie bij de politie. Voor de bepaling van de hoogte van het bedrag achtte de CRvB het van belang dat de ambtenaar zijn werkzaamheden was blijven verrichten. De andere ambtenaar kreeg geen aanvullende vergoeding voor immateriële schade omdat, aldus de CRvB, in zijn geval niet was gebleken van een psychiatrisch ziektebeeld en zijn situatie ook overigens niet geheel gelijk was aan die van zijn collega.

Het bedrag dat de CRvB hier toekende, is bepaald laag, wanneer wordt vergeleken met uitspraken in vergelijkbaar soort kwesties in het civiele recht. Verder lijkt het moeilijk uit te leggen dat de ene ambtenaar wel en de andere geen schadevergoeding krijgt, terwijl zij dezelfde nare behandeling hebben ondervonden. De uitspraak nodigt in die zin uit tot het in de arm nemen van een psychiater in geval van een onterechte beschuldiging. Anderzijds is, zoals annotator Schaap ook opmerkt, de hoogte van de toegekende vergoeding ook weer niet van dien aard "dat te vrezen valt dat tegen hun zin ontslagen ambtenaren voortaan massaal de psychiater zullen gaan bezoeken."¹³²

130 Ktr. Amsterdam 6 januari 1995, *JAR* 1995, 57.

131 CRvB 7 augustus 2003, *TAR* 2003, 189.

132 P.J. Schaap, "Vergoeding van immateriële schade, annotatie bij CRvB 7 augustus 2003, *TAR* 2003, nr. 189", *TAR* 2004, p. 13.

In andere uitspraken volgt de CRvB eenzelfde lijn. Zo kreeg een ambtenaar die ten onrechte in een functie van twee schalen lager was geplaatst, omdat hij zich niet loyaal zou hebben opgesteld in zijn oude functie, geen (aanvullende)¹³³ vergoeding van immateriële schade omdat de door hem ondervonden spanningen en teleurstellingen als gevolg van de plaatsing in de lagere functie hoogstens konden worden aangemerkt als psychisch onbehagen en niet als psychisch letsel dat recht geeft op smartengeld.¹³⁴ Een ambtenaar aan wie ten onrechte geen passende functie was aangeboden en die, eveneens ten onrechte, was ontslagen, kreeg evenmin schadevergoeding. De CRvB oordeelde dat de als gevolg van de ontslagprocedure doorgemaakte spanningen en slapeloze nachten niet konden worden aangemerkt als geestelijk letsel dat recht gaf op een vergoeding van immateriële schade.¹³⁵ Een ambtenaar die kennelijk wel psychisch letsel in de zin van artikel 6:106 lid 1 sub b BW had ondervonden als gevolg van een onrechtmatig ontslagbesluit moest het doen met een vergoeding van € 1.500,-. De werkgever had in dit geval erkend dat de ambtenaar door een, kennelijk onterechte, beoordeling en het ontslag geestelijk leed had ondervonden dat ook lichamelijk zichtbaar tot uiting was gekomen. De CRvB stelde vervolgens de hoogte van het smartengeld vast.¹³⁶

De meer terughoudende opstelling van de CRvB in vergelijking tot die van de civiele rechter heeft wellicht te maken met het feit dat het civiele arbeidsrecht tot 1992 een aparte grondslag kende voor de vergoeding van immateriële schade – artikel 1637w (oud) BW – op grond waarvan met enige regelmaat een vergoeding werd toegekend.¹³⁷ Het ambtenarenrecht heeft een dergelijke grondslag nimmer gekend, reden waarom de ambtenarenrechter wellicht minder gewend is om immateriële schade te vergoeden. Daarnaast zoekt de ambtenarenrechter in aansprakelijkheidszaken niet zozeer aansluiting bij arbeidsrechtelijke normen als wel bij het algemene aansprakelijkheidsrecht.¹³⁸ Nu in het arbeidsrecht van oudsher

133 Van zijn werkgever had hij een vergoeding van f 10.000,- ontvangen.

134 CRvB 27 november 1997, *TAR* 1998, 23. Zie ook CRvB 26 september 1996, *TAR* 1996, 197 – geen vergoeding voor immateriële schade als gevolg van ten onrechte niet terugkomen op voorbarig ontslagbesluit. Wellicht psychisch onbehagen bij de ambtenaar, maar geen geestelijk leed in de zin van art. 6:106 BW.

135 CRvB 27 november 1997, *TAR* 1998, 24.

136 CRvB 5 februari 2004, *TAR* 2004, 61. In de uitspraken worden geen achtergronden van de zaak geschetst, anders dan dat sprake is van een vernietigd ontslagbesluit en van geestelijk leed, zodat de redenen voor de CRvB om een zo beperkte vergoeding toe te kennen niet duidelijk zijn.

137 Zie onder meer Ktr. Amsterdam 24 januari 1986, *Prg* 1986, 2461; Ktr. Amsterdam 19 september 1986, *Prg* 1986, 2593; Ktr. Rotterdam 7 januari 1988, *Prg* 1988, 2836; Ktr. Eindhoven 8 maart 1990, *NJ* 1992, 145.

138 Ook bij de beoordeling of een onrechtmatig ontslagbesluit recht geeft op schadevergoeding zoekt de CRvB aansluiting bij de criteria uit het algemene aansprakelijkheidsrecht. Zie § 6.4.1.

HOOFDSTUK 16

soepeler is omgegaan met het vergoeden van immateriële schade dan in het algemene aansprakelijkheidsrecht zou ook dat een verklaring kunnen zijn voor de meer terughoudende opstelling van de ambtenarenrechter.

16.5.2 Vergoeding van immateriële schade als gevolg van onzorgvuldige personeelsbeslissingen: evaluatie en eigen opvatting

Voor zover relevant voor het onderwerp van mijn onderzoek – nog steeds de vergoeding van psychisch letsel en niet zozeer de vraag wanneer recht op schadevergoeding bestaat bij een onzorgvuldige personeelsbeslissing – ben ik van mening dat de benadering van de CRvB, zoals hiervoor geschetst, te strikt is. Het lijkt me dat bepaalde personeelsbeslissingen en gedragingen van een werkgever ook recht moeten kunnen geven op smartengeld indien niet vaststaat dat daardoor een erkende psychiatrische ziekte is ontstaan. Reden daarvoor is dat werknemers ook in die gevallen in een immaterieel belang getroffen kunnen zijn. Er is dan weliswaar geen sprake van een psychiatrische ziekte, maar de betrokken werknemers zijn wel op onzorgvuldige en onrechtmatige wijze behandeld door hun werkgever op een wijze waardoor inbreuk is gemaakt op hun geestelijke integriteit. Men denke hierbij aan voorbeelden als onterechte beschuldigingen, degradatie zonder goede reden, misleiding door de werkgever, en dergelijke. In dergelijke gevallen lijkt het mij dat de ernst van de normschending het recht op smartengeld impliceert en niet zozeer de gevolgen van de normschending. In die zin wordt dan aangesloten bij de grondrechtelijke benadering die ook bij discriminatie en intimidatie/pesten wordt gevolgd.¹³⁹

Eén en ander betekent niet dat elke onzorgvuldige personeelsbeslissing recht zou moeten geven op een vergoeding van immateriële schade. Het lijkt me niet de bedoeling, om een voorbeeld te noemen, dat elk onzorgvuldig ontslag recht zou geven op smartengeld vanwege de daarmee gepaard gaande spanningen. Wil er recht bestaan op een vergoeding van immateriële schade in gevallen waarin geen sprake is van een psychische ziekte, dan dient mijns inziens vast te staan dat sprake is van een ernstige normschending door de werkgever. In lichtere gevallen – onjuiste berichtgeving over vervallen arbeidsplaats, onvoldoende begeleiding bij de invoering van automatisering e.d. – kan in zijn algemeenheid niet worden gesproken van een aantasting in de persoon, zodat dan ook geen recht bestaat op smartengeld.

Met betrekking tot de omvang van de vergoeding van immateriële schade kan eventueel aansluiting worden gezocht bij de categorieën genoemd in de hoofd-

¹³⁹ Zie in deze zin ook A.J. Verheij, "Een pleidooi voor de vergoeding van geringe immateriële schade", *RM Themis* 1998, p. 339-350, i.h.b. p. 350, die ervoor pleit dat de rechter zich bij de categorie geestelijk letsel (als een categorie die recht kan geven op smartengeld), concentreert op het geschonden immateriële belang in plaats van op de gevolgen van de schending.

stukken over intimidatie/pesten en discriminatie, waarbij het naar mijn mening dan voor de hand zou liggen om aan te sluiten bij de twee laagste categorieën: de categorie serieuze gevallen die niet in de zwaarste categorie vallen (vergoeding tussen de £ 5.000,- en £ 15.000,-, dus omgerekend tussen ongeveer € 5.745,- en € 17.230,-)¹⁴⁰ en de minder ernstige gevallen (vergoeding tussen de £ 500,- en £ 5.000,-, dus tussen ongeveer € 574,- en € 5.745,-).¹⁴¹ De categorie 'ernstige gevallen' dient mijns inziens gereserveerd te blijven voor discriminatie en intimidatie/pesten, nu onzorgvuldige personeelsbeslissingen qua ernst in beginsel niet op één lijn kunnen worden gesteld met discriminatie/intimidatie en pesten.

Deze indeling in categorieën heeft alleen betrekking op de toekenning van een vergoeding van immateriële schade wegens de onrechtmatige personeelsbeslissing als zodanig. Heeft deze onrechtmatige beslissing tevens tot psychisch letsel geleid, dan lijkt me dat hiervoor een hoger totaalbedrag aan smartengeld moet worden toegekend. Het gaat dan namelijk om vergoeding van het geestelijk letsel dat is ontstaan door de tekortkoming van de werkgever, althans om vergoeding van de immateriële schade als gevolg daarvan, en niet (alleen) om vergoeding van de inbreuk die met de onrechtmatige beslissing is gemaakt op de grondrechten van de werknemer.¹⁴² Idealiter zou dit smartengeld uitgesplitst moeten worden in twee componenten zodat nagegaan kan worden welke vergoeding is toegekend vanwege het geestelijk letsel en welke vanwege de inbreuk op de rechten van de werknemer als zodanig.

16.6 Vergoeding van psychisch letsel door onzorgvuldige personeelsbeslissingen op no-fault basis

16.6.1 Vergoeding op no-fault basis in het ambtenarenrecht en het workers' compensation recht

Zoals in § 16.1 reeds is aangestipt, is het niet goed mogelijk om binnen het kader van een no-fault vergoedingssysteem te bepalen of een werknemer aanspraak kan maken op een vergoeding in geval van psychische arbeidsongeschiktheid door een personeelsbeslissing. In het Duitse recht gebeurt dit dan ook niet.¹⁴³ In het Nederlandse ambtenarenrecht gebeurt het wel, maar wordt, door het vereiste dat sprake moet zijn van buitengewone of excessieve arbeidsomstandigheden, feitelijk getoetst of sprake is van een tekortkoming van de werkgever.¹⁴⁴ In het

140 Volgens een wisselkoers van 1,148, eind maart 2005. De bedragen zijn afgerond.

141 Zie § 14.8 en § 15.7.

142 Zie ook § 14.8 en § 15.7.

143 Zoals aangegeven in § 16.2.4 wordt de zorgvuldigheid van personeelsbeslissingen in het Duitse recht afgemeten aan de *Fürsorgepflicht* van de werkgever en het algemeen persoonlijkheidsrecht van de werknemer.

144 Zie ook § 5.3 en § 16.2.2.

HOOFDSTUK 16

Amerikaanse recht is in verschillende staten in de wet bepaald dat psychische arbeidsongeschiktheid als gevolg van een zorgvuldige personeelsbeslissing van de werkgever geen recht geeft op een vergoeding.¹⁴⁵ In die staten moet dus eveneens worden nagegaan of een personeelsbeslissing al dan niet zorgvuldig is. Daarnaast is in een aantal andere staten in de rechtspraak geoordeeld dat psychisch letsel als gevolg van een personeelsbeslissing alleen dan aanspraak geeft op *workers' compensation* als sprake is geweest van *unusual stress*. Dat dit het geval is, wordt in de regel weer alleen aangenomen in geval een werkgever niet zorgvuldig heeft gehandeld.¹⁴⁶

Alleen door een kleine minderheid van rechters wordt ook dan *workers' compensation* toegekend indien een werknemer psychisch ziek is geworden door een zorgvuldige personeelsbeslissing. Deze rechters passen de *objective causation test* toe, op grond van welke toets alleen behoeft vast te staan dat een werknemer psychisch ziek is geworden door een bepaalde gebeurtenis op het werk zonder dat aan de gebeurtenis zelf bijzondere eisen worden gesteld.¹⁴⁷ Een voorbeeld hiervan is de uitspraak in *Mitchell v. State*.¹⁴⁸ Deze uitspraak betrof een lerares die een aantal regels binnen de school overtrad en daarvoor enkele waarschuwingen ontving. Op een gegeven moment kreeg zij een conflict met een student die volgens haar koekjes zou hebben gestolen. De student stelde dat de lerares hem had geslagen vanwege de vermeende diefstal. De werkgever besloot daarop de lerares te schorsen vanwege overtreding van het verbod op fysieke bestraffing. Dit leidde tot ziekte van de lerares. Zij maakte vervolgens aanspraak op *workers' compensation* omdat zij ziek was geworden door het werk. De uitvoerder van de *workers' compensation* regeling wees haar verzoek om een vergoeding af. Partijen procedeerden vervolgens door tot aan het *Hawaii Supreme Court*.

Het *Hawaii Supreme Court* neemt als vaststaand aan dat de ziekte van de lerares het gevolg is van de tegen haar genomen disciplinaire maatregelen. De rechters oordelen dat, ook als aangenomen moet worden dat de werkgever te goeder trouw maatregelen tegen de lerares heeft genomen, dit niet meebrengt dat de lerares geen recht heeft op *workers' compensation*. Waar het om gaat is of zij ziek is geworden door het werk en dat is in deze zaak het geval.

In deze uitspraak geeft een niet verwijtbare personeelsbeslissing dus recht op *workers' compensation*. Ditzelfde gebeurde in de zaak *Kelly*.¹⁴⁹ In die zaak was een werkneemster psychisch ziek geworden nadat zij had gehoord dat haar functie,

145 Onder meer in New York, Alaska, Massachusetts en Montana. Zie verder Shultz, 21 nr. 2 *University of Hawaii Law Review*, 1999, p. 812.

146 Zie ook Shultz, *University of Hawaii Law Review*, 1999, p. 828 en Schrimpf, *University of Cincinnati Law Review* 1987, p. 606-609 en p. 612-613.

147 Zie uitgebreid § 9.2.5.

148 *Mitchell v. State*, 85 Hawaii 250, 942 P.2d 514 (1997).

149 394 Mass. At 685, 477 N.E.2d 582, 585 (Massachusetts Supreme Court, 1985).

een verantwoordelijke baan die zij met plezier vervulde, zou worden opgeheven. De werkgever van Kelly bood haar wel een functie aan op een andere afdeling, maar door de inmiddels ontstane ziekte kon Kelly deze niet vervullen. Ook in deze zaak werd door de rechter – het *Massachusetts Supreme Court* – geoordeeld dat Kelly aanspraak kon maken op *workers' compensation*, omdat niet bestreden was dat zij ziek was geworden door de reorganisatie. Daar deed niet aan af, aldus de rechters, dat reorganisaties en ontslagen als gevolg daarvan geen bijzonder verschijnsel zijn.

In de literatuur en politiek zijn beide uitspraken zeer kritisch ontvangen. Zowel de wetgever in Hawaii als die in Massachusetts hebben in de uitspraken aanleiding gezien om hun wetgeving in die zin te wijzigen dat alleen nog niet te goeder trouw genomen personeelsbeslissingen aanspraak kunnen geven op *workers' compensation*.¹⁵⁰ In de literatuur is opgemerkt dat, als ook gewone, niet verwijtbare personeelsbeslissingen recht kunnen geven op *workers' compensation*, er in feite sprake is van een werkloosheidsverzekering of een algemene arbeidsongeschiktheidsverzekering.¹⁵¹ Bovendien zou een werkgever dan, teneinde te voorkomen dat hij *workers' compensation* moet uitkeren (of dat zijn verzekeringspremie hoger wordt omdat vaker *workers' compensation* moet worden uitgekeerd), kunnen besluiten om in bedrijfseconomisch opzicht noodzakelijke beslissingen, zoals beslissingen tot reorganisatie en ontslag, niet te nemen. Daardoor zou het *workers' compensation* stelsel gaan fungeren als een rem op het nemen van gebruikelijke ondernemersbeslissingen.¹⁵² Ten slotte wordt in de literatuur aangevoerd dat het niet redelijk is dat niet verwijtbare personeelsbeslissingen recht geven op een vergoeding. Juist bij personeelsbeslissingen zouden de mate waarin de werkgever redelijk heeft gehandeld en de reactie van de werknemer daarop tegen elkaar afgewogen moeten worden.¹⁵³ Een dergelijke benadering zou een werkgever bovendien prikkelen om zorgvuldig te handelen jegens zijn werknemers. Door deze schrijvers wordt daarom voorgesteld om ofwel binnen het kader van het *workers' compensation* stelsel aan 'fout' te toetsen, waarbij dan het no-fault karakter van dit systeem wordt verlaten,¹⁵⁴ of om de aansprakelijkheid voor letsel als

150 Zie met betrekking tot Hawaii: Shultz, *University of Hawaii Law Review*, 1999, p. 808. Zie ten aanzien van Massachusetts: Schrimpf, *University of Cincinnati Law Review* 1987, p. 603.

151 Vgl. Monica Gall, "Gardner v. Van Buren Public Schools: Compensating Mental Disabilities under Workers' Compensation", *The Detroit College of Law Review* 223, 1995; James R. Martin, "A Proposal to reform the North Carolina Workers' Compensation Act to adress Mental-mental Claims", *Wake Forest Law Review* 193, 1997; Aya V. Matsumoto, "Reforming the Reform: Mental Stress Claims under California's Workers' Compensation System", *27 Loyola of Los Angeles Law Review* 1327, 1994.

152 Zie Schrimpf, *University of Cincinnati Law Review* 1987, p. 610.

153 Shultz, *University of Hawaii Law Review*, 1999, p. 829.

154 Schrimpf, *University of Cincinnati Law Review* 1987, p. 612.

HOOFDSTUK 16

gevolg van personeelsbeslissingen te beoordelen op basis van *tort*, dus buiten de *workers' compensation* stelsels om.¹⁵⁵

De kritiek van deze schrijvers lijkt me valide. Zou een werknemer ook aanspraak kunnen maken op *workers' compensation* indien hij psychisch ziek is geworden door een normale, redelijke personeelsbeslissing, dan vormt dit een te vergaande belemmering voor de ondernemersvrijheid van de werkgever en dreigt een te vergaande uitdijing van het *workers' compensation* stelsel. Van een dergelijke no-fault benadering gaat bovendien geen enkele prikkel uit tot zorgvuldig handelen, noch naar de werkgever noch naar de werknemer. Het is daarom noodzakelijk om bij personeelsbeslissingen steeds te toetsen of een werkgever onzorgvuldig heeft gehandeld. Dit kan buiten het no-fault systeem om of het kan binnen het systeem zelf. In het tweede geval doet zich, als het no-fault systeem exclusieve werking heeft, wel het bezwaar voor dat aan het recht op vergoeding tamelijk zware eisen worden gesteld terwijl daar een relatief geringe vergoeding tegenover staat.¹⁵⁶ Dit bezwaar weegt mijns inziens echter niet op tegen de nadelen die zijn verbonden aan het op zuivere no-fault basis vergoeden van arbeidsongeschiktheid als gevolg van personeelsbeslissingen.

16.6.2 Vergoeding op no-fault basis in het ontslagrecht

De bezwaren tegen vergoeding op no-fault basis gelden niet alleen voor (sociaal) verzekeringsachtige stelsels als de *workers' compensation* systemen, de SGB en de regeling in het Nederlandse ambtenarenrecht, maar ook voor het ontslagrecht voor zover daarin aan een werknemer een vergoeding wordt toegekend omdat hij ziek is geworden door een niet aan de werkgever verwijtbare personeelsbeslissing. In het Nederlandse ontslagrecht zijn hiervan, anders dan in de onderzochte buitenlandse rechtstelsels, wel voorbeelden te vinden. Zo werd bijvoorbeeld door de kantonrechter Utrecht aan een werknemer die psychisch ziek was geworden door een kritische beoordeling, een ontbindingsvergoeding van f 20.000,- toegekend ($C=\pm 0,85$), omdat de relatie tussen de beoordeling en ziekmelding naar het oordeel van de rechter evident was, dit terwijl de rechter tegelijkertijd oordeelde dat de werkgever niets te verwijten viel.¹⁵⁷ Door de rechtbank 's-Gravenhage werd op vergelijkbare wijze aan een werknemer een vergoeding inzake kennelijk onredelijk ontslag toegekend omdat de werknemer psychisch ziek was geworden door de bij de werkgever doorgevoerde reorganisatie.¹⁵⁸ Ook hier stond vast dat de werkgever niet verwijtbaar had gehandeld.¹⁵⁹

155 Schultz, *University of Hawaii Law Review*, 1999, p. 829.

156 Zie hierover § 16.2.1.

157 Ktr. Utrecht 16 augustus 1999, *JAR* 1999, 204.

158 Rb. 's-Gravenhage 18 december 2002, *JAR* 2003, 192.

159 De vergoeding was overigens beperkt: f 7.000,- in plaats van de gevraagde f 408.669,74 en had in die zin vooral het karakter van een 'pleister op de wonde' van het ontslag.

Naar mijn mening zijn deze uitspraken weinig gelukkig. Ook hier geldt dat, indien een werkgever een vergoeding moet betalen aan een werknemer die psychisch ziek wordt door een niet onzorgvuldige personeelsbeslissing, dit een onterechte belemmering vormt voor het nemen van voor de bedrijfsvoering noodzakelijke besluiten. Bovendien krijgt het ontslagrecht hierdoor het karakter van een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Een werkgever moet mijns inziens de ruimte hebben om het functioneren van een werknemer kritisch te beoordelen indien hij dit volgens een correcte procedure doet, en hetzelfde geldt voor beslissingen tot reorganisatie en andere (zorgvuldige) personeelsbeslissingen.¹⁶⁰ Ziekte als gevolg van personeelsbeslissingen verschilt in dit opzicht van ziekte als gevolg van pesten en intimidatie wegens sekse en/of ras. Van pesten en intimidatie kan gezegd worden dat dit gedragingen zijn die in de risicosfeer van de werkgever liggen, ook al treft de werkgever geen verwijt van het zich voordoen van deze gedragingen. Pesten en intimidatie behoren nu eenmaal in beginsel niet voor te komen op de werkplek. Bij personeelsbeslissingen ligt dit anders. Zij horen noodzakelijkerwijs bij het werk en zijn geen verschijnselen/gedragingen die vermeden moeten worden. Toekenning van een vergoeding, in welke vorm dan ook, vanwege ziekte als gevolg van een personeelsbeslissing dient daarom alleen te geschieden in die gevallen waarin de beslissing onzorgvuldig is.

16.7 Conclusie

Naar Nederlands en Duits recht kan een werkgever aansprakelijk worden gehouden voor psychisch letsel als gevolg van een onzorgvuldige personeelsbeslissing. Daarvoor is niet vereist dat het psychisch letsel als zodanig voorzienbaar was. Het enkele feit dat sprake is van handelen in strijd met de norm van het goed werkgeverschap respectievelijk de *Fürsorgepflicht* van de werkgever kan recht geven op vergoeding van de daardoor geleden schade. Naar Engels aansprakelijkheidsrecht kan eveneens aanspraak worden gemaakt op vergoeding van psychisch letsel als gevolg van een onzorgvuldige personeelsbeslissing, voor zover deze in een concreet geval wordt aangemerkt als een schending van de *duty of mutual trust and confidence*. Anders dan in het Duitse en Nederlandse recht is dan wel vereist dat het psychisch letsel voorzienbaar was voor de werkgever. Een werkgever kan naar Amerikaans recht in beginsel niet aansprakelijk worden gesteld voor psychisch letsel als gevolg van een onzorgvuldige personeelsbeslissing. Wel kan in voorkomende gevallen aanspraak worden gemaakt op *workers' compensation*.

Uit de meer algemene verplichting inzake het goed werkgeverschap, de *Fürsorgepflicht* en de *duty of mutual trust and confidence* kunnen verschillende concrete nor-

160 Eén en ander neemt niet weg dat in een ontslagprocedure natuurlijk een vergoeding kan worden toegekend vanwege andere omstandigheden van het geval dan ziekte, zoals de leeftijd van de werknemer, de lengte van het dienstverband, zijn positie op de arbeidsmarkt, etc.

HOOFDSTUK 16

men worden afgeleid waaraan een zorgvuldige personeelsbeslissing moet voldoen. De toetsing aan die normen is naar Duits recht een volle toetsing, naar Nederlands recht een halfvolle en naar Engels recht een marginale. De Nederlandse benadering lijkt mij de meest wenselijke omdat daarbij enerzijds de nodige ruimte is voor een inhoudelijke toetsing van bepaalde personeelsbeslissingen, maar daarbij anderzijds ook rekening wordt gehouden met de voor de werkgever noodzakelijke beleidsvrijheid.

Het leerstuk van de toerekening van schade is bij psychisch letsel als gevolg van personeelsbeslissingen van belang omdat het daarbij niet steeds in de normale lijn der verwachting ligt dat psychisch letsel ontstaat. Bepalend voor het al dan niet toerekenen van psychisch letsel dient naar mijn mening te zijn of de geschonden norm strekte tot het voorkomen van letsel. De belangrijkste elementen daarbij zijn de aard en ernst van de normschending.

In het Nederlandse civiele recht en het Duitse recht kan een onzorgvuldige personeelsbeslissing ook dan recht geven op een vergoeding van immateriële schade indien de beslissing niet tevens psychisch letsel teweeg heeft gebracht. In het Engelse recht kan dit alleen in het ontslagrecht. De Nederlandse ambtenarenrechter eist dat ofwel sprake is van aantasting van de eer of goede naam of van een psychiatrische stoornis. Deze benadering lijkt mij te streng omdat, ook als geen sprake is van een psychiatrische stoornis, een werknemer zodanig kan zijn aangeast in zijn immateriële belangen (bijvoorbeeld het belang om niet ten onrechte beschuldigd te worden van een misdrijf) dat recht op smartengeld kan bestaan. De aard en ernst van de normschending moeten daarom worden betrokken bij de beoordeling of recht op smartengeld bestaat. Is tevens sprake van een psychiatrische ziekte, dan dient daarvoor een afzonderlijke vergoeding worden toegekend of moet de schade als gevolg daarvan worden verdisconteerd in de hoogte van het smartengeld.

Kwalitatieve aansprakelijkheid is bij aansprakelijkheid voor personeelsbeslissingen niet aan de orde omdat het steeds gaat om beslissingen en gedragingen van de werkgever zelf. Vergoeding op no-fault basis is problematisch omdat, als niet wordt gekeken of de werkgever al dan niet zorgvuldig heeft gehandeld, ook een zorgvuldige, niet verwijtbare personeelsbeslissing recht kan geven op een vergoeding als een werknemer door die beslissing ziek is geworden. Daardoor worden de drempels voor het aanvragen van een vergoeding zodanig laag, dat ongewenste oprekking van het systeem dreigt. Bovendien kan het feit dat een werkgever ook verplicht kan worden om de schade in de vorm van ziekte als gevolg van een zorgvuldige personeelsbeslissing te vergoeden, die werkgever ertoe brengen die beslissing te vermijden of uit te stellen, ook indien die vanuit bedrijfseconomisch oogpunt wenselijk is. Bij de vraag of ziekte als gevolg van een personeelsbeslissing aanspraak geeft op een vergoeding moet daarom altijd nagegaan worden of sprake is van een rechtmatige of een onrechtmatige beslissing. Dat betekent ook dat het niet wenselijk is om in het ontslagrecht aan een werknemer een vergoeding toe te kennen omdat hij psychisch ziek is geworden door een personeelsbeslissing, indien de werkgever van die beslissing geen verwijt treft.

17. Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever: evaluatie en conclusies

17.1 Inleiding en indeling

In deel I van dit boek zijn de systemen voor de vergoeding van werkgerelateerd psychisch letsel geschetst en is onderzocht op basis van welke wetsartikelen en/of grondslagen in het ongeschreven recht binnen die systemen aanspraak kan worden gemaakt op vergoeding van schade door psychische ziekte die het gevolg is van het werk. Tevens is in dit deel I nagegaan aan welke criteria moet worden voldaan bij een beroep op deze artikelen en/of ongeschreven grondslagen. Bij dit onderzoek is psychisch letsel beschouwd als een specifieke vorm van schade waarvoor niet zonder meer dezelfde uitgangspunten gelden als voor fysiek letsel. In deel II is vervolgens ingegaan op psychisch letsel als gevolg van specifieke oorzaken, op de zorgplicht van de werkgever ten aanzien daarvan en op knelpunten die zich in het bijzonder voordoen bij de vergoeding van psychische ziekte als gevolg van een bepaalde oorzaak. Ook daarbij is de achtergrond steeds geweest aan welke criteria een aanspraak op vergoeding van psychisch letsel moet worden getoetst. Nu, aan het einde van dit boek, is de tijd gekomen om deel I en deel II met elkaar te verbinden en om te bezien onder welke voorwaarden en op welke grondslagen, binnen een bepaald vergoedingssysteem, psychische ziekten als gevolg van bepaalde oorzaken aanspraak kunnen geven op een vergoeding. Daarbij zal achtereenvolgens worden ingegaan op de mogelijkheden en onmogelijkheden van de vergoeding van psychisch letsel als gevolg van verschillende oorzaken op no-fault basis (§ 17.2), vergoeding van psychisch letsel als gevolg van verschillende oorzaken op basis van foutaansprakelijkheid (§ 17.3), kwalitatieve aansprakelijkheid voor verschillende oorzaken van psychische ziekte (§ 17.4) en vergoeding via het ontslagrecht (§ 17.5). Ik zal besluiten met bespreking van de meer algemene argumenten vóór en tegen het vergoeden van psychisch letsel op basis van dezelfde criteria als fysiek letsel (§ 17.6).

17.2 Vergoeding psychisch letsel op no-fault basis

17.2.1 Toetsing aan foutaansprakelijkheid binnen een no-fault systeem

Eén van de conclusies die op basis van dit onderzoek getrokken kan worden, is dat vergoeding op no-fault basis van psychisch letsel door het werk in de meeste gevallen ofwel niet goed mogelijk ofwel niet wenselijk is. Binnen een no-fault systeem wordt in beginsel niet gekeken of een werkgever is tekortgeschoten in zijn zorgplicht, maar alleen of er daadwerkelijk sprake is van psychische ziekte en of deze het gevolg is van het werk. Daarbij zijn, in grote lijnen, twee benaderingen mogelijk. In de eerste benadering is het voldoende voor het recht op vergoeding

HOOFDSTUK 17

dat de werknemer aantoont dat hij daadwerkelijk op psychische gronden ziek is en hij aannemelijk weet te maken dat deze ziekte verband houdt met één of meerdere gebeurtenissen op het werk, ongeacht de aard daarvan.¹ In de tweede benadering worden bijzondere eisen gesteld aan de beweerdelijk ziekmakende gebeurtenis(sen), zoals dat sprake is geweest van *unusual stress*² of van excessieve of abnormale omstandigheden.³ Ook wordt wel geëist dat een bepaalde traumatische gebeurtenis heeft plaatsgevonden (de *traumatic event test*⁴). Worden dergelijke bijzondere eisen gesteld, dan komt dat er in de praktijk veelal op neer dat wordt getoetst of de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen jegens de ziek geworden werknemer.⁵

De benadering waarbij alleen wordt gekeken of een werknemer daadwerkelijk psychisch ziek is geworden en of een verband gelegd kan worden met enige gebeurtenis op het werk – in het Amerikaanse *workers' compensation* recht aangeduid als de *objective causation test* – voldoet in mijn ogen niet waar het de vergoeding van psychisch letsel betreft, omdat bij toepassing van die toets moeilijk onderscheid kan worden gemaakt tussen ziekten die het gevolg zijn van het werk en ziekten die het gevolg zijn van de persoonlijkheidsstructuur van de werknemer of van oorzaken in zijn privé-sfeer. Ook ziekten waarbij het werk enkel de aanleiding is geweest voor het uitvallen van een werknemer, maar niet de daadwerkelijke oorzaak, geven recht op een vergoeding. In deze benadering wordt bovendien sterk de nadruk gelegd op de 'echtheid' van het letsel, terwijl het de vraag is of door psychiaters en psychologen steeds onderscheid gemaakt kan worden tussen een reële psychische ziekte en een zich onprettig voelen door een werknemer zonder dat daarop het etiket 'ziekte' kan worden geplakt. Meer specifiek levert de *objective causation test* bij shockschade problemen op bij het afbakenen van de kring van gerechtigden tot schadevergoeding,⁶ staat hij bij angstschade in de weg aan het eisen dat sprake is van een reële en redelijk angst,⁷ en leidt hij bij stressschade ertoe dat niet goed kan worden vastgesteld of een burn-out al dan niet het gevolg is van het werk.⁸ Bij personeelsbeslissingen is vergoeding op no-fault basis onwenselijk omdat daardoor een rem kan worden gezet op het nemen van noodzakelijke, niet onzorgvuldige, beslissingen door de werkgever met betrekking tot zijn bedrijfsvoering.⁹ Alleen bij serieuze gevallen van

-
- 1 Deze benadering wordt in het Amerikaanse recht aangeduid als de *objective causation test*. Zie § 9.2.5..
 - 2 Zoals in het *workers' compensation* recht van veel Amerikaanse staten. Zie meer in detail § 9.2.4.
 - 3 Zoals in het Nederlandse ambtenarenrecht. Zie § 5.3.
 - 4 Zie § 9.2.3.
 - 5 Zie § 5.3, § 9.2.4, § 11.6, § 12.6, § 13.6.2, § 14.7.5, § 15.7.2 en § 16.6.1.
 - 6 Zie § 11.6.
 - 7 § 12.6.
 - 8 § 13.6.2.
 - 9 § 16.6.1.

intimidatie wegens sekse en/of ras en pesten lijkt vergoeding op no-fault basis mogelijk.¹⁰ Daarbij dient echter bedacht te worden dat bij ernstige vormen van intimidatie en pesten al snel sprake zal zijn van foutaansprakelijkheid van de werkgever.¹¹

Eén en ander betekent niet dat vergoeding op no-fault basis van psychische ziekten op een wijze als voorzien in de *objective causation test* niet mogelijk is. Het is wel mogelijk, alleen zal een dergelijke milde wijze van toetsen naar alle waarschijnlijkheid leiden tot een grote toename van het aantal verzoeken om een vergoeding.¹² Het resultaat daarvan zal dan op den duur waarschijnlijk zijn dat ofwel het no-fault systeem aan zijn eigen succes te gronde gaat ofwel dat de toekenningsvoorwaarden worden aangepast. In dat laatste geval valt niet uit te sluiten dat de voorwaarden zo streng worden geformuleerd dat daardoor ook een deel van de oorspronkelijke doelgroep geen aanspraak meer kan maken op een vergoeding. Iets dergelijks is ook gebeurd met de Nederlandse WAO.¹³

Teneinde deze situatie te voorkomen, zou ik als uitgangspunt willen nemen dat de vergoeding van psychisch letsel op zuivere no-fault basis, dus op basis van een *objective causation test*, niet wenselijk is. Aldus resteren als overgebleven toetsen, de toets of sprake is van buitengewone omstandigheden oftewel de *unusual stress test*, en de toets waarbij een verband wordt gelegd met een traumatische gebeurtenis, de *traumatic event test*. Toepassing van de *traumatic event test* acht ik evenmin gelukkig omdat daarbij alleen psychisch letsel dat het gevolg is van een bepaalde schokkende gebeurtenis recht kan geven op een vergoeding.¹⁴ Daardoor worden andere reële psychische ziekten van vergoeding uitgesloten. Deze toets zal ik daarom verder buiten beschouwing laten.

Met betrekking tot de *unusual stress test* is het vervolgens de vraag of deze wel kan worden toegepast binnen een no-fault vergoedingssysteem, omdat, zoals

10 Bij lichte vormen van intimidatie en pesten zal wel weer aan de tekortkoming van de werkgever moeten worden getoetst om het causaal verband tussen werk en ziekte te kunnen vaststellen. Zie § 14.7.5 en § 15.7.2.

11 Omdat hij immers gehouden is om dergelijke vormen van intimidatie en pesten te voorkomen en te bestrijden.

12 Dit is bijvoorbeeld gebeurt in Californië. Zie hierover Aya V. Matsumoto, "Reforming the Reform: Mental Stress Claims under California's Workers' Compensation System", 27 *Loyola of Los Angeles Law Review* 1327, 1994. Zie ook uitgebreid, over de WAO en meer in het algemeen: B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie* (diss. Leiden), Deventer 2003, p. 9-10, die, in navolging van economische literatuur, spreekt over fouten van de eerste soort – te strenge toegangsvoorwaarden waardoor een deel van de doelgroep geen recht kan maken op de vergoeding – en fouten van de tweede soort – te ruime toegangsvoorwaarden met daardoor het risico van onbedoeld gebruik.

13 Zie ook Barentsen, diss. 2003, p. 246-249.

14 Zie ook § 9.2.3.

HOOFDSTUK 17

gezegd, deze toets meebrengt dat, impliciet of expliciet, wordt nagegaan of sprake is van foutaansprakelijkheid van de werkgever. Wordt die toetsing uitgevoerd binnen een no-fault systeem, dan vindt enerzijds een vrij zware toets plaats, namelijk of de werkgever een tekortkoming valt te verwijten, terwijl anderzijds, als wordt geconstateerd dat dit het geval is, slechts recht bestaat op een beperkte vergoeding en niet op volledige schadevergoeding. Kenmerkend voor een no-fault vergoedingssysteem is namelijk dat de werknemer enerzijds 'slechts' hoeft aan te tonen dat hij arbeidsongeschikt is geworden door het werk, maar dat anderzijds de vergoeding die hij kan verkrijgen lager is dan bij foutaansprakelijkheid. De toegangsvoorwaarden zijn milder, maar de vergoedingen zijn lager. Bij psychische ziekten zouden, als aan foutaansprakelijkheid wordt getoetst, de toegangsvoorwaarden echter niet milder zijn dan bij foutaansprakelijkheid, maar de vergoedingen wel lager.

Dit bezwaar zou ondervangen kunnen worden door psychisch letsel uit het no-fault toetsingsstelsel te halen en dit onder te brengen in een systeem van foutaansprakelijkheid. Een dergelijke optie lijkt me echter niet reëel indien dit niet ook met fysiek letsel gebeurt. Zoals ik herhaaldelijk heb betoogd in de loop van dit boek zijn fysiek en psychisch letsel naar mijn mening niet principieel als verschillende schadesoorten te beschouwen, alleen al niet vanwege de verwevenheid van psychische en fysieke klachten. Het op verschillende leest schoeien van aansprakelijkheid voor fysiek en psychisch letsel acht ik daarom niet wenselijk. Wel kan natuurlijk een nog radicalere conclusie worden getrokken, namelijk dat vergoeding op no-fault basis van werkgerelateerd letsel dan überhaupt beter achterwege kan worden gelaten en dat een systeem van foutaansprakelijkheid valt te prefereren. Een dergelijke conclusie gaat het bestek van dit boek echter te buiten, omdat voor de beoordeling of aan vergoeding op basis van foutaansprakelijkheid de voorkeur zou moeten worden gegeven boven vergoeding op no-fault basis of andersom, verschillende aspecten relevant zijn¹⁵ en niet alleen de omstandigheid dat vergoeding van psychisch letsel op no-fault basis problemen oplevert.

De conclusie is daarom dat, als binnen een bepaald rechtsstelsel vergoeding van werkgerelateerd letsel hoofdzakelijk op no-fault basis plaatsvindt, aanvaard zal moeten worden dat daarbij aan het recht op vergoeding van psychische ziekte zwaardere eisen worden gesteld dan aan het recht op vergoeding van – de meeste vormen van – fysiek letsel. Dat betekent niet dat invoering van een dergelijk systeem per definitie onwenselijk is. Voor de categorie werknemers die psychisch

15 Zie voor een uitgebreide bespreking van deze argumenten: Barentsen, diss, 2003, i.h.b. p. 237-256.

ziek zijn geworden door het werk, heeft een dergelijk no-fault systeem echter minder te bieden dan een systeem gebaseerd op foutaansprakelijkheid.¹⁶ Het voorgaande geldt alleen voor die no-fault systemen die exclusieve werking hebben, dat wil zeggen dat civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever buiten het systeem om (grotendeels) is uitgesloten, zoals het geval is in Duitsland en de Verenigde Staten.¹⁷ In het Nederlandse ambtenarenrecht is dit niet het geval. Daarin kan een ambtenaar zowel een verzoek doen om een vergoeding op no-fault basis als zijn werkgever voor eventuele restschade aansprakelijk stellen. Voor een ambtenaar/werknemer biedt een dergelijk systeem uiteraard belangrijke voordelen. Daar staat echter tegenover dat een dergelijk no-fault systeem kostbaar is, zodat invoering ervan op grote schaal niet is te verwachten. Bovendien kan de neiging bestaan om de ruimte die een dergelijk systeem aan een ambtenaar/werknemer biedt, te beperken door strenge criteria te hanteren voor het recht op een vergoeding. Een dergelijke benadering wordt in het Nederlandse recht door de CRvB gevolgd.¹⁸ Het gevolg daarvan is dat het verzoeken om rechtspositionele voorzieningen op no-fault basis voor een ambtenaar nog maar weinig meerwaarde heeft – als het gaat om de kans op toewijzing van het verzoek – boven aansprakelijkstelling van de werkgever op basis van foutaansprakelijkheid.

17.2.2 Uitsluiten van psychische ziekten van vergoeding binnen een no-fault systeem

In de vorige paragraaf is ervan uitgegaan dat binnen een no-fault systeem (in de vorm van een verplichte ongevallenverzekering) psychisch letsel in elk geval recht kán geven op een vergoeding, al is daarvoor soms noodzakelijk dat wordt

16 Dit geldt overigens ook voor andere groepen werknemers, afhankelijk van de hoogte van de toe te kennen uitkering bij arbeidsongeschiktheid. Zou deze 70% van het loon worden, zoals de Nederlandse regering voorstelde ten aanzien van de EGB, dan zou dit voor werknemers die onder het huidige systeem 100% krijgen, een aanzienlijke verslechtering betekenen. Zie ook de reactie van de LSA op de brief van minister Donner aan de Tweede Kamer, *Letsel & Schade* 2004, p. 18-19.

17 Zie het Duitse SGB en de Amerikaanse *workers' compensation* verzekeringen. Ook de Ongevallenwet zoals Nederland die tot 1967 kende, sloot werkgeversaansprakelijkheid buiten de verzekering om uit. Uitsluiting van civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever maakte voorts deel uit van de voornemens van de regering tot invoering van een no-fault systeem (de Extra Garantieregeling Beroepsrisico's). Zie de adviesaanvraag aan de SER op dit punt: Bijlage 1 bij SER-advies nr. 04/02, Den Haag 2004, p. 128.

18 Zo wordt bij psychische beroepsziekten niet alleen in feite getoetst of sprake is van foutaansprakelijkheid, maar ook wordt relatief snel aangenomen dat een dienstongeval aan de eigen schuld van de ambtenaar is te wijten. Zie § 5.2.

HOOFDSTUK 17

aangetoond dat de werkgever en tekortkoming valt te verwijten. Dit is echter niet bij alle verplichte ongevallenverzekeringen het geval. Bij sommige van deze verzekeringen wordt gewerkt met een lijst van erkende beroepsziekten. Alleen die beroepsziekten en soms ook nog beroepsziekten die nog niet op de lijst staan maar door de medische wetenschap wel als beroepsziekten worden aangemerkt, geven dan recht op een vergoeding. Staan psychische ziekten niet op de lijst van erkende beroepsziekten, dan geven zij geen recht op een vergoeding. Psychisch letsel als gevolg van een arbeidsongeval kan dan soms nog wel aanspraak geven op een vergoeding als is voldaan aan de definitie van arbeidsongeval, maar zoals blijkt uit de bespreking van het Duitse recht waarin met een dergelijk systeem (het SGB VII) wordt gewerkt, is dat slechts zelden het geval.¹⁹

Het moge duidelijk zijn dat een dergelijk systeem niet mijn voorkeur heeft. In feite wordt het vóórkomen van psychische ziekten daarbij namelijk genegeerd, althans worden deze ziekten niet als zodanig reëel of als zodanig ernstig beschouwd dat toekenning van een vergoeding of uitkering billijk wordt geacht. Psychische ziekten worden dan dus principieel anders behandeld dan (de meeste) fysieke ziekten. Deze laatsten geven immers wel recht op financiële voorzieningen. Een dergelijke benadering lijkt mij in een tijdperk, waarin uit vele onderzoeken blijkt dat werkomstandigheden niet alleen fysiek maar ook psychisch ziekmakend kunnen zijn,²⁰ geen goed uitgangspunt. Het uitsluiten van psychische ziekten van vergoeding heeft bovendien tot gevolg dat werkgevers niet of nauwelijks worden gestimuleerd om deze ziekten te voorkomen. Dit kan anders zijn als er publiekrechtelijke sancties bestaan op het niet nemen van maatregelen om psychische ziekten te voorkomen. Deze zijn echter niet steeds effectief, alleen al niet omdat het aantal bedrijven dat gecontroleerd moet worden doorgaans vele malen groter is dan het aantal controleurs. Het komt bovendien inconsequent voor om enerzijds wel publiekrechtelijke instrumenten in te zetten ter bescherming van werknemers tegen psychische ziekten, maar dergelijke ziekten anderzijds niet te beschouwen als beroepsziekten die recht kunnen geven op vergoeding op no-fault basis.

Worden psychische ziekten volledig uitgesloten van vergoeding binnen een no-fault systeem, dan zal waarschijnlijk gezocht gaan worden naar manieren om buiten dat systeem om toch aanspraak te kunnen maken op (schade)vergoeding.²¹ Elk no-fault systeem, voor zover het exclusieve werking heeft, kent de mogelijk-

19 Zie § 8.2.2.

20 Zie § 11.2, § 12.2, § 13.2, § 14.2 en § 15.2. Zie ook HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84; *RvdW* 2005, 37 (ABN AMRO/Nieuwenhuys), rechtsoverweging 4.1.2.

21 Zie ook SER-advies nr. 04/02: *Verdere uitwerking WAO-Beleid – reactie op enkele kabinetsvoornemens*, Den Haag, SER, 2004, waarin op p. 109 wordt opgemerkt dat als de dekking op grond van de verplichte ongevallenverzekering voldoende is er minder reden zal zijn voor werknemers om naar andere vergoedingsbronnen te zoeken.

heid om in bepaalde gevallen buiten het systeem om een werkgever aansprakelijk te stellen voor de gevolgen van werkgerelateerd letsel. Zo is het gebruikelijk dat opzettelijk toegebracht letsel buiten een verplichte ongevallenverzekering valt, omdat dan geen sprake meer is van een ongeval of beroepsziekte als bedoeld in die verzekering. Daarnaast vallen in de regel die vormen van letsel buiten de verplichte ongevallenverzekering die niet kunnen worden aangemerkt als zijnde het gevolg van een arbeidsongeval of beroepsziekte. In het Duitse recht behoren hiertoe in elk geval ziekten als gevolg van pesten en/of seksuele intimidatie en mogelijk ook ziekten als gevolg van overbelasting.²² In de Verenigde Staten kan in geval van seksuele intimidatie in ongeveer de helft van de staten een beroep worden gedaan op foutaansprakelijkheid van de werkgever buiten de *workers' compensation* verzekeringen om.²³

Kan een werknemer zijn werkgever buiten de verplichte ongevallenverzekering om aansprakelijk stellen op basis van tekortschieten en kan hij in een dergelijk geval aanspraak maken op volledige schadevergoeding, dan betekent dit dat hij een hogere vergoeding kan verkrijgen dan het geval was geweest als hij alleen een beroep had kunnen doen op de ongevallenverzekering. Vergoedingen die op basis van een ongevallenverzekering worden betaald, dekken namelijk, anders dan schadevergoedingen bij foutaansprakelijkheid, vrijwel nooit de volledige schade. Daarmee is de kiem gelegd voor het ondergraven van het no-fault systeem. Wordt het op enigszins substantiële schaal mogelijk om schadevergoeding te verkrijgen buiten het no-fault systeem om, dan ontstaat namelijk rechtsongelijkheid tussen de werknemers die zijn aangewezen op het no-fault systeem en de werknemers die zich kunnen beroepen op foutaansprakelijkheid van de werkgever. In het Duitse recht bijvoorbeeld geeft gezondheidsschade als gevolg van pesten aanspraak op volledige schadevergoeding,²⁴ terwijl dit niet het geval is bij de meer klassieke arbeidsongevallen en beroepsziekten waarop het SGB van toepassing is. Zolang de gevallen waarin een beroep op foutaansprakelijkheid kan worden gedaan helder zijn afgebakend – bijvoorbeeld alleen bij intimidatie die tevens discriminatie vormt en pesten omdat dan sprake is van een inbreuk op de grondrechten van een werknemer – behoeft deze situatie niet tot problemen te leiden.

-
- 22 Redengevend daarvoor is niet alleen dat hierbij geen sprake is van beroepsziekten in de zin van het SGB, maar dat intimidatie, pesten en het eisen van een onmogelijke arbeidsprestatie van een werknemer ook worden beschouwd als inbreuken op zijn algemeen persoonlijkheidsrecht en daarmee op één van zijn grondrechten. Zie § 8.4.2.
- 23 In de andere helft van de staten wordt *workers' compensation* ook in geval van seksuele intimidatie gezien als *exclusive remedy*. Hierover bestaat echter veel discussie. Zie § 14.7.4.
- 24 Zie bijvoorbeeld de uitspraak van het Arbeitsgericht Dresden 9.7.2003 – 5 Ca 5954/02, besproken in § 15.3.7.

HOOFDSTUK 17

Het risico van een ongewenste uitdijning van het meest gunstige systeem ten koste van het andere ligt echter op de loer.²⁵

De meest effectieve benadering om een dergelijke concurrentie tussen een no-fault systeem en foutaansprakelijkheid te voorkomen, is om het no-fault systeem zo veel omvattend mogelijk te maken en de uitzonderingen erop zo beperkt mogelijk te houden. Het behoeft geen betoog dat het in dit verband niet is aan te raden om psychische ziekten categorisch van vergoeding op no-fault basis uit te sluiten.

17.3 Vergoeding psychisch letsel op basis van foutaansprakelijkheid

17.3.1 *Bestaan fysieke component geen voorwaarde voor aansprakelijkheid voor psychisch letsel*

In de rechtsstelsels waar vergoeding van werkgerelateerd letsel op no-fault basis niet het uitgangspunt vormt, is steeds vergoeding van psychisch letsel op basis van foutaansprakelijkheid mogelijk, zij het dat dit soms alleen het geval is als tevens fysiek letsel is geleden of gevaar daarvoor heeft bestaan. Zo komt op grond van de Amerikaanse *Federal Employers Liability Act* (FELA) psychisch letsel slechts dan voor vergoeding in aanmerking indien de betreffende werknemer tevens in gevaar heeft verkeerd voor fysiek letsel.²⁶ In het Engelse aansprakelijkheidsrecht wordt dezelfde beperking toegepast in geval het psychisch letsel van een werknemer het gevolg is van het meemaken van een schokkende gebeurtenis op het werk, met dien verstande dat werknemers die niet zelf fysiek in gevaar hebben verkeerd, wel aanspraak kunnen maken op schadevergoeding als zij aan een aantal nabijheidsvereisten met betrekking tot de schokkende gebeurtenis voldoen.²⁷ Deze beperkende regels gelden echter alleen voor de vergoeding van shockschade. Psychisch letsel als gevolg van overbelasting, intimidatie, pesten en/of onzorgvuldige personeelsbeslissingen kan naar Engels recht aanspraak geven op schadevergoeding indien aan de gebruikelijke vereisten voor foutaansprake-

25 Vgl. in dit verband ook de risicoaansprakelijkheid die de Hoge Raad in het Nederlandse recht heeft geïntroduceerd voor verkeersongevallen in de arresten Vonk/Van der Hoeven (HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253 en *JAR* 2001, 24) en De Bont/Oudenallen (HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 235 m.nt. GHvV en *JAR* 2002, 205). Sinds die arresten wordt in allerlei enigszins vergelijkbare situaties geprobeerd om te komen tot risicoaansprakelijkheid van de werkgever in plaats van foutaansprakelijkheid. Zie bijvoorbeeld Rb. Maastricht 18 oktober 2001, *JAR* 2002, 95; Ktr. Dordrecht 7 maart 2002, *JAR* 2002, 267; Ktr. Enschede 14 januari 2003, *JAR* 2003, 25; Rb. Amsterdam 8 januari 2003, *JAR* 2004, 108; Hof 's-Hertogenbosch 27 april 2004, *JAR* 2004, 132.

26 Zie § 9.3.2 en § 11.3.3.

27 § 11.4.3.

lijkheid is voldaan. In het Nederlandse recht kan psychisch letsel ook recht geven op schadevergoeding als geen sprake is van fysiek letsel of gevaar daarvoor heeft bestaan. Het criterium van de fysieke gevarenzone is door de Hoge Raad in het Kindertaxi-arrest uitdrukkelijk verworpen.²⁸ In het Duitse recht is foutaansprakelijkheid alleen mogelijk voor seksuele intimidatie (en waarschijnlijk ook intimidatie op grond van ras), pesten en bepaalde personeelsbeslissingen. Het eisen van fysiek letsel is daarbij per definitie niet aan de orde, omdat dit deze vormen van aansprakelijkheid grotendeels illusoir zou maken. Seksuele intimidatie, pesten en personeelsbeslissingen veroorzaken namelijk doorgaans geen lichamelijke, maar alleen psychische ziekte.

Zelf meen ik, zoals ik ook herhaaldelijk heb opgemerkt in de voorgaande hoofdstukken,²⁹ dat er onvoldoende grond is om psychisch letsel alleen dan voor vergoeding in aanmerking te laten komen als tevens sprake is van fysiek letsel of gevaar daarvoor heeft bestaan. Naar mijn mening bieden de gebruikelijke criteria voor aansprakelijkheid – schending zorgplicht, relativiteit, causaal verband, schade, toerekening van schade – voldoende mogelijkheden voor het maken van onderscheid tussen situaties waarin wel en geen foutaansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel van een werknemer moet worden aangenomen. Het is daarvoor niet noodzakelijk om tevens te eisen dat sprake is geweest van fysiek letsel of van gevaar voor fysiek letsel. Voor zover wordt gevreesd voor een te ver uitdijende aansprakelijkheid voor psychisch letsel kan een begrenzing worden gevonden in het scherp formuleren van de zorgplicht van de werkgever, het stellen van duidelijke eisen aan het causaal verband tussen schending van de zorgplicht en psychisch letsel, toepassing van het relativiteitsvereiste, en het als voorwaarde stellen dat overtuigend wordt bewezen dat daadwerkelijk sprake is van ziekte/letsel. Een benadering waarbij psychisch letsel alleen vergoedbaar wordt geacht als sprake is van fysiek letsel of van gevaar daarvoor impliceert dat psychisch letsel minder ernstig is dan fysiek letsel en dat beide schadesoorten bovendien duidelijk van elkaar te onderscheiden zijn. Beide vooronderstellingen zijn naar mijn mening onjuist.³⁰

17.3.2 *Schending van een verplichting ter voorkoming van, primair, fysiek letsel, en schending van een verplichting ter voorkoming van, primair, psychisch letsel*

Foutaansprakelijkheid voor psychisch letsel dient naar mijn mening dus niet principieel anders benaderd te worden dan foutaansprakelijkheid voor fysiek letsel. Het maakt echter, voor de invulling van de vereisten voor foutaansprakelijkheid, wel verschil of een verplichting is geschonden die primair strekte ter voorkoming van fysiek letsel, of een verplichting die primair strekte ter voorkoming

28 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240.

29 Zie § 11.3.4, § 12.5.1 en § 13.3.2.

30 Zie ook § 17.2.1 en § 17.2.2.

HOOFDSTUK 17

van psychisch letsel. Tot de eerste categorie behoren psychisch letsel in de vorm van shockschade en angstschade en tot de tweede categorie psychisch letsel als gevolg van overbelasting, seksuele intimidatie, intimidatie op grond van ras, pesten en onzorgvuldige personeelsbeslissingen.

Is de werkgever tekortgeschoten in de nakoming van een verplichting die primair strekte ter voorkoming van fysiek letsel, dan is hij, in elk geval naar Nederlands recht,³¹ ook aansprakelijk indien door het tekortschieten geen fysiek, maar psychisch letsel is ontstaan. De zorgplicht van de werkgever wordt dan geacht zich ook tot deze vorm van letsel uit te strekken.³² Afbakening van het beschermingsbereik van de geschonden verplichting vindt vervolgens plaats aan de hand van het relativiteitsvereiste (bij shockschade), of aan de hand van het vereiste dat sprake moet zijn van een reële en redelijke angst, welk vereiste ofwel kan worden gezien als onderdeel van de vraag naar de normschending ofwel in de sleutel kan worden gezet van de toerekening als bedoeld in artikel 6:98 BW (bij angstschade). Is de werkgever tekortgeschoten in de nakoming van een verplichting die primair strekte ter voorkoming van psychisch letsel, dan zal alleen aansprakelijkheid kunnen worden aangenomen als dit psychisch letsel voorzienbaar was. De vraag of de werkgever een zorgplicht had ter voorkoming van de psychische ziekte wordt dan ingevuld aan de hand van de, ook bij fysieke ziekten gebruikelijke, criteria als kenbaarheid van risico, noodzaak van het nemen van maatregelen en mogelijke onoplettendheid van de werknemer, zonder dat tevens aan aanvullende criteria wordt getoetst zoals bij shockschade en angstschade.

Eén en ander betekent dat in de eerste categorie (psychisch letsel door schending 'fysieke' verplichting) in de regel sneller zal worden aangenomen dat de werkgever een zorgplicht had ter voorkoming van letsel dan in de tweede categorie (psychisch letsel door schending 'psychische' verplichting). De meer fysieke zorgplichten zijn in het algemeen namelijk verder uitgekristalliseerd dan de psychische en bovendien doet het probleem van individuele verschillen in belastbaarheid zich daarbij minder sterk voor. Andere vereisten voor aansprakelijkheid, zoals het relativiteitsvereiste of het vereiste dat sprake is van een reële angst, worden in de eerste categorie echter tamelijk strikt ingevuld, terwijl in de tweede categorie voor het aannemen van aansprakelijkheid vooral bepalend is of de werkgever al dan niet een zorgplicht had ter voorkoming van psychisch letsel. Is dat eenmaal vastgesteld, dan gelden geen andere bijzondere vereisten meer.

17.3.3 Benadering vanuit letselschade en grondrechtelijke benadering

Een ander onderscheid dat relevant is binnen de categorie foutaansprakelijkheid voor psychisch letsel is dat tussen situaties waarin alleen dan aansprakelijkheid

31 In het Engelse en Amerikaanse recht hangt dit er, zoals gezegd, van af of is voldaan aan het criterium van de fysieke gevarezone.

32 Zie § 11.3.2 en § 12.3.

van de werkgever kan worden aangenomen als deze heeft nagelaten maatregelen te treffen terwijl psychisch letsel voorzienbaar was, en situaties waarin (ook) aansprakelijkheid kan worden aangenomen omdat een bepaalde gedraging – die psychisch letsel kán veroorzaken – als onrechtmatig wordt aangemerkt, ongeacht of in een concreet geval nu wel of geen ziekte ontstaat. De gedraging als zodanig geeft dan, vanwege de aard ervan, recht op schadevergoeding. In de hoofdstukken 14, 15 en 16 zijn de eerste soort situaties ondergebracht in de categorie ‘benadering vanuit de optiek van letsel schade of gezondheidsschade’ en is geconstateerd dat in de tweede soort situaties wordt uitgegaan van een meer grondrechtelijke benadering. In het Nederlandse en Duitse recht worden gedragingen als discriminatie, seksuele intimidatie, intimidatie op grond van ras, pesten en bepaalde onzorgvuldige personeelsbeslissingen, in de regel als onrechtmatig beschouwd en geven zij ook recht op schadevergoeding als niet tevens psychisch letsel is ontstaan of voorzienbaar was. In het Engelse en Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht wordt de grondrechtelijke benadering in beginsel alleen gevolgd bij discriminatie/intimidatie en niet ook bij pesten en onzorgvuldige personeelsbeslissingen.³³ Een werkgever is in die rechtsstelsels eerst gehouden schade door pesten of onzorgvuldige personeelsbeslissingen te vergoeden als voorzienbaar was dat daardoor ziekte zou ontstaan maar hij niettemin geen maatregelen heeft genomen om die ziekte te voorkómen.

In de hoofdstukken 14 en 15 heb ik aangegeven een voorkeur te hebben voor de grondrechtelijke benadering boven de benadering vanuit de optiek van letsel schade, in elk geval waar het gaat om discriminatie, intimidatie en pesten. Als redenen daarvoor heb ik genoemd dat zowel discriminatie als intimidatie als pesten naar mijn mening een inbreuk vormen op de menselijke waardigheid van een werknemer en op zijn mogelijkheden om ongestoord zijn werk te kunnen doen.³⁴ Ook met betrekking tot onzorgvuldige personeelsbeslissingen acht ik, zoals aangegeven in hoofdstuk 16, een grondrechtelijke benadering aangewezen, maar dan wel beperkt tot die gevallen waarin sprake is van een (zeer) ernstig onzorgvuldige beslissing of gedraging, zoals bijvoorbeeld een onterechte beschuldiging van diefstal of seksueel misbruik door een werknemer en bekendmaking daarvan binnen de onderneming.³⁵ Bij aansprakelijkheid voor overbelasting en voor in mindere mate onzorgvuldige personeelsbeslissingen ligt een grondrechtelijke benadering niet voor de hand en dient naar mijn mening alleen aansprakelijkheid van de werkgever te worden aangenomen als voorzienbaar was dat door de

33 Pesten levert naar Engels recht wel contractbreuk op en kan daarmee een grond vormen voor de werknemer om ontslag te nemen en vervolgens aanspraak te maken op een vergoeding uit hoofde van *unfair dismissal*. Deze ontslagvergoeding ziet echter alleen op *economic loss* en niet op immateriële schade.

34 § 14.5.1 en § 15.4.1.

35 Zie § 16.3.1 en § 16.5.2.

HOOFDSTUK 17

overbelasting respectievelijk de personeelsbeslissing psychisch letsel zou ontstaan.

17.3.4 *Opzet en nalaten*

Onderscheid is tenslotte mogelijk tussen foutaansprakelijkheid gebaseerd op opzet van de werkgever en foutaansprakelijkheid gebaseerd op nalaten. Opzet zal zich vooral voordoen bij intimidatie wegens sekse of ras en pesten door de werkgever zelf alsook bij onzorgvuldige personeelsbeslissingen. Hierbij zal de enkele opzettelijke gedraging van de werkgever, mits van voldoende ernst, reeds grond kunnen vormen voor aansprakelijkheid. Veelal zal het – we keren hierbij terug naar de grondrechtelijke benadering als beschreven in de vorige paragraaf – hiervoor niet noodzakelijk zijn dat de werknemer door de onrechtmatige gedraging psychisch ziek is geworden. Van aansprakelijkheid voor nalaten, dat wil zeggen het nalaten maatregelen te nemen in een situatie waarin dat wel geboden was, kan sprake zijn bij overbelasting/stress en bij intimidatie wegens sekse of ras en pesten door collega's en/of leidinggevenden in plaats van door de werkgever zelf. In situaties waarin een werknemer overbelast wordt, is een werkgever, gezien vanuit het aansprakelijkheidsrecht, gehouden om maatregelen te nemen op het moment dat het hem kenbaar is of behoort te zijn dat een werknemer door overbelasting ziek dreigt te worden. Bij intimidatie en pesten is het niet noodzakelijk dat er een kenbaar risico op ziekte als gevolg daarvan bestaat, maar wel dat het de werkgever kenbaar is of behoort te zijn dat er binnen zijn onderneming intimidatie en/of pesten plaatsvindt of dat daarop een reëel risico bestaat.

Bij aansprakelijkheid voor nalaten is het dus cruciaal of het voor een werkgever duidelijk was of redelijkerwijs had moeten zijn dat hij actie moest ondernemen. Bij psychische ziekten kan dit kenbaarheidsvereiste problemen opleveren vanwege individuele verschillen in weerstand tussen werknemers onderling.³⁶ Voor werknemers die wegens ziekte dreigen uit te vallen omdat hun werkgever nalatig is met het nemen van maatregelen is het daarom van groot belang om het aan hun werkgever kenbaar te maken dat zij problemen ondervinden. Doen zij dit, dan is het voor de werkgever van belang om hierop adequaat te reageren. Zoals ook is opgemerkt in § 13.5.5, is aansprakelijkheid voor psychisch letsel wegens nalatigheid van de werkgever tot dusver met name aangenomen in situaties waarin een werkgever geheel geen maatregelen had genomen naar aanleiding van klachten van werknemers. Het, te goeder trouw, nemen van maatregelen is dus altijd te verkiezen boven het niets doen, ook in het geval dat de maatregelen uiteindelijk niet het beoogde effect blijken te hebben.

36 Dit geldt ook voor sommige fysieke ziekten, zoals RSI en rugklachten.

17.3.5 Grondslag voor foutaansprakelijkheid: artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW

Bij een bespreking van foutaansprakelijkheid voor psychische ziekten als gevolg van verschillende oorzaken kan aandacht voor de wettelijke of ongeschreven grondslag daarvoor niet ontbreken. Daarmee komen we ook weer terug bij de discussie in het Nederlandse recht over de vergoeding van psychisch letsel op de voet van artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW. Deze discussie heeft veel van zijn relevantie verloren met het oordeel van de Hoge Raad in het arrest ABN AMRO/Nieuwenhuys van 11 maart 2005 inhoudende dat artikel 7:658 BW zowel betrekking kan hebben op fysiek als op psychisch letsel.³⁷ Omdat de Hoge Raad in dit arrest echter ook heeft aangegeven dat toepassing van artikel 7:658 BW op psychisch letsel alleen dan aan de orde is als een verplichting als bedoeld in dit artikel is geschonden, is het ook na dit arrest nog steeds noodzakelijk om vast te stellen wanneer een werknemer zich kan beroepen op artikel 7:658 BW ter verkrijging van een vergoeding voor psychisch letsel en wanneer een beroep op artikel 7:611 BW meer in de rede ligt. In hoofdstuk 3 heb ik in dit opzicht opgemerkt dat bij een afbakening van het toepassingsbereik van artikel 7:658 BW ten opzichte van dat van artikel 7:611 BW twee elementen vooral van belang zijn: de voorzienbaarheid van letsel en de mate van concreetheid van de geschonden verplichting.³⁸

Aan het einde van dit boek gekomen, valt te constateren dat een onderscheid zoals dat in het Nederlandse recht wordt gemaakt tussen artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW in de onderzochte buitenlandse rechtstelsels niet op dezelfde wijze is terug te vinden. Weliswaar wordt in het Duitse en het Engelse recht onderscheid gemaakt tussen een met het goed werkgeverschap vergelijkbare verplichting (de *Fürsorgepflicht* in het Duitse recht en de *duty of mutual trust and confidence* in het Engelse recht) en een verplichting die in het bijzonder strekt ter voorkoming van letsel door onveilige en ongezonde werkomstandigheden (§ 618 BGB in het Duitse recht en de *duty of care* voor een veilige en gezonde werkomgeving in het Engelse recht), maar de met het goed werkgeverschap vergelijkbare Duitse en Engelse verplichtingen kunnen in voorkomende gevallen ook de basis vormen voor aansprakelijkheid van de werkgever voor schending van zijn verplichting ten aanzien van de arbeidsomstandigheden.³⁹ In die gevallen wordt het bereik van de verplichting inzake het goed werkgeverschap als het ware opgerekt zodat die ook de verplichting van de werkgever om de veiligheid en gezondheid van de werknemer te beschermen omvat. In het Engelse recht wordt ook uitdrukkelijk opgemerkt dat, indien een beroep wordt gedaan op de *duty of mutual trust and confidence* als basis voor aansprakelijkheid voor fysiek of psychisch letsel van een

37 HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84; *RvdW* 2005, 37 (ABN AMRO/Nieuwenhuys). Zie verder § 3.2 en § 13.4.2.

38 Zie § 3.3.5.

39 Zie § 7.2.1 en § 8.4.

HOOFDSTUK 17

werknemer, de inhoud daarvan gelijk is aan die van de *duty of care* voor de arbeidsomstandigheden waarop normaliter in dat soort situaties een beroep wordt gedaan.⁴⁰ Het processuele regime is naar Engels en Duits recht overigens hetzelfde, ongeacht of een beroep wordt gedaan op schending van de *Fürsorgepflicht* of op de *duty of mutual trust and confidence* in het algemeen, of meer specifiek op de verplichting van de werkgever ten aanzien van de arbeidsomstandigheden. In die zin heeft het onderscheid tussen de ene en de andere soort verplichting naar Engels en Duits recht niet dezelfde betekenis als het onderscheid tussen artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW naar Nederlands recht.

De figuur waarbij de meer algemene verplichting inzake het goed werkgeverschap wordt geacht de meer specifieke verplichting om de werknemer te beschermen tegen letsel als gevolg van het werk te omvatten, is ook in het Nederlandse recht niet onbekend. Ook in het Nederlandse recht wordt namelijk aangenomen dat de verplichting van artikel 7:658 BW voortvloeit uit de verplichting inzake het goed werkgeverschap en daarvan eigenlijk alleen een meer specifieke uitwerking is.⁴¹ In die opvatting omvat de verplichting van artikel 7:611 BW dus tevens de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 7:658 BW.

Hierop voortbordurend kan gezegd worden dat artikel 7:658 BW, waar het gaat om de normstelling, in feite overbodig is en dat in alle gevallen van werkgerelateerd letsel een beroep kan worden gedaan op artikel 7:611 BW, zij het dat er reden kan zijn om de vereisten voor aansprakelijkheid strenger of ruimer in te vullen al naar gelang het soort aansprakelijkheid en het soort schade dat aan de orde is.⁴² Qua normstelling is er dus eigenlijk geen behoefte aan een artikel 7:658 BW. Bezien vanuit procesrechtelijk oogpunt ligt dit evenwel anders, omdat de regels inzake verdeling van de bewijslast en van eigen schuld van artikel 7:658 BW vooral bij arbeidsongevallen en monocausale beroepsziekten een bruikbaar handvat bieden voor het beoordelen van aansprakelijkheid. Ook bij ziekten als rugklachten, RSI en psychische ziekten, waarbij niet altijd eenduidig kan worden vastgesteld of de werkgever gehouden was maatregelen te treffen, of een ziekte door het werk komt of (mede) door andere oorzaken, en of daadwerkelijk sprake is van ziekte en daarmee van schade kan bij deze regels worden aangesloten, zij het dat het onverkort toepassen daarvan, zoals herhaaldelijk betoogd, in de praktijk niet steeds mogelijk en wenselijk is.⁴³ Dat doet echter niet af aan het feit dat

40 Bijvoorbeeld in *White and others v Chief Constable of South Yorkshire Police and others*, [1999] ICR 216 (House of Lords), p. 225. Zie ook G. Pitt, *Employment Law*, Londen 1997, p. 372 en S. Deakin and G.S. Morris, *Labour Law*, Londen 1998, p. 321.

41 Vgl. T. Hartlief, "Werkgeversaansprakelijkheid: het bereik van en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW", *RM Themis* 2002, p. 83 en S.D. Lindenberg, "Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade", *AV&S* 2003, p. 21.

42 In deze zin Lindenberg, *AV&S* 2003, p. 21-22.

43 Vgl. § 3.6 en § 3.8.

het bestaan van regels inzake bewijslastverdeling en eigen schuld een referentiekader biedt voor de beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag, ook in die gevallen waarin een onverkorte toepassing van die regels niet in de rede ligt. Artikel 7:658 BW heeft in die zin dan ook vooral een praktische betekenis.

Met het oog op deze praktische betekenis is het noodzakelijk om het toepassingsbereik van artikel 7:658 BW zo duidelijk mogelijk af te bakenen van dat van artikel 7:611 BW. Indien niet duidelijk is in welke gevallen artikel 7:658 BW en in welke gevallen artikel 7:611 BW moet worden toegepast, is het immers ook niet duidelijk in welke gevallen wel zonder meer kan worden aangesloten bij het regime van artikel 7:658 BW en in welke gevallen niet. Het maken van een duidelijke afbakening is daarnaast ook noodzakelijk omdat de Hoge Raad in bepaalde gevallen, in het bijzonder bij de aansprakelijkheid van de werkgever voor verkeersongevallen van werknemers, artikel 7:611 BW gebruikt als de basis voor risicoaansprakelijkheid.⁴⁴ In die situaties heeft artikel 7:611 BW wél een geheel andere betekenis dan artikel 7:658 BW en kan het ene artikel (7:658) niet langer worden gezien als een meer specifieke uitwerking van het andere (7:611). Er is dan sprake van verschillende vormen van aansprakelijkheid, namelijk van foutaansprakelijkheid op basis van artikel 7:658 BW en van risicoaansprakelijkheid op basis van artikel 7:611 BW.

Zoals gezegd dient naar mijn mening, waar het gaat om foutaansprakelijkheid van de werkgever voor zuiver psychisch letsel, het bereik van artikel 7:658 BW van dat van artikel 7:611 BW te worden afgebakend aan de hand van de mate van concreetheid van de geschonden verplichting en de voorzienbaarheid van het ontstaan van letsel. Is een concrete verplichting geschonden bij de niet naleving waarvan het ontstaan van letsel in de rede ligt, dan is er voldoende ruimte voor de toepassing van artikel 7:658 BW. Deze conclusie blijft ook overeind na het onderzoek dat in deel II van dit boek heeft plaatsgevonden naar de aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische ziekte als gevolg van verschillende oorzaken. Uit dit onderzoek blijkt dat de toepassing van artikel 7:658 BW ofwel problematisch is in die gevallen waarin nog geen sprake is van een scherpe norm ofwel in die gevallen waarin het ontstaan van letsel als gevolg van een bepaalde normschending niet direct voor de hand ligt. De eerste situatie doet zich met name voor bij psychische ziekten als gevolg van overbelasting. Daarbij is niet steeds duidelijk – althans dat vinden sommige rechters en schrijvers – op welk moment een werkgever welke maatregelen moet nemen ter voorkoming van die ziekten. Ook bij personeelsbeslissingen kan onduidelijkheid bestaan over de precieze inhoud van de zorgplicht van de werkgever. Bij seksuele intimidatie en pesten is die onduidelijkheid een stuk minder, vanwege het bestaan van een geschreven norm in de Arbowet en concretisering daarvan in de rechtspraak. De tweede

44 HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253 en *JAR* 2001, 24 (Vonk/Van der Hoeven) en HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 235 m.n.t. GHvV en *JAR* 2002, 205 (De Bont/Oudenallen).

HOOFDSTUK 17

situatie – het ontstaan van letsel ligt niet direct voor de hand – doet zich vooral voor bij psychisch letsel als gevolg van een onzorgvuldige personeelsbeslissing. Daarbij ligt het niet of niet steeds binnen de normale lijn der verwachting dat door de personeelsbeslissing psychische ziekte ontstaat. Bij seksuele intimidatie, intimidatie op grond van ras, pesten en langdurige overbelasting ligt dat veelal anders.

Alleen bij psychische ziekte als gevolg van een onzorgvuldige personeelsbeslissing is dus in de regel aan geen van beide criteria voor de toepassing van artikel 7:658 BW voldaan. De normen waaraan een zorgvuldige personeelsbeslissing moet voldoen, zijn niet altijd duidelijk en verschillen sterk per afzonderlijke situatie, en daarnaast ligt het ontstaan van psychische ziekte als gevolg van een onzorgvuldige personeelsbeslissing niet steeds binnen de normale lijn der verwachting. Ik ben er daarom een voorstander van om eventuele aansprakelijkheid voor psychische ziekte als gevolg van een personeelsbeslissing in principe te baseren op artikel 7:611 BW, waarbij uitzonderingen mogelijk zijn in die gevallen waarin een bepaalde verplichting wel concreet is – zoals de verplichting van de werkgever om een werknemer niet ten onrechte te beschuldigen van gedragingen als diefstal of seksueel misbruik – en waarbij het wel voor de hand ligt dat niet naleving ervan ziekte teweeg brengt. Bij psychische ziekte als gevolg van de andere hier besproken voorbeelden ligt toepassing van artikel 7:658 BW naar mijn mening meer in de rede, ook bij psychische ziekten als gevolg van overbelasting/stress. Daarbij is een duidelijke verplichting van de werkgever aan te wijzen – namelijk om maatregelen te nemen op het moment dat het kenbaar is, hetzij op basis van mededelingen van een werknemer hetzij op basis van andere signalen, dat hij onder een te zware werklast dreigt te bezwijken – en is het bovendien voorzienbaar dat bij het uitblijven van maatregelen op enig moment ziekte zal ontstaan. Van intimidatie en pesten is het inmiddels ook bekend dat zij veelal schadelijke gevolgen hebben voor de gezondheid. Bovendien is daarbij in het algemeen sprake van een heldere norm, zeker nu de Arbowet werkgevers uitdrukkelijk verplicht een beleid te voeren tegen seksuele intimidatie en agressie, waaronder pesten.

Bij angstschade en shockschade tenslotte doet zich de vraag naar de grondslag voor aansprakelijkheid in veel mindere mate voor dan bij psychische ziekten als gevolg van de andere, in deel II besproken oorzaken, omdat deze vormen van schade het gevolg zijn van schending van een verplichting die primair strekt ter voorkoming van fysiek letsel. Het is daarom niet omstreden dat in die gevallen artikel 7:658 BW de basis vormt voor aansprakelijkheid. Alleen bij aansprakelijkheid voor ziekte ontstaan als gevolg van een gebrek aan nazorg strekt de geschonden verplichting in beginsel alleen ter voorkoming van psychisch letsel. Ook daarbij kan, naar ik meen, artikel 7:658 BW worden toegepast, omdat sprake is van een voldoende concrete verplichting bij de niet naleving waarvan het ontstaan of verergeren of langer blijven voortbestaan dan nodig van psychische ziekte in de rede ligt.

17.3.6 *Overige vereisten voor foutaansprakelijkheid (naast schending zorgplicht):
causaal verband, toerekening van schade en eigen schuld*

Een omkering van de bewijslast ten aanzien van het causaal verband tussen tekortkoming en ziekte op het moment dat vaststaat dat de werkgever is tekortgeschoten in de nakoming van een verplichting die specifiek strekte ter voorkoming van een bepaald risico en tevens aannemelijk is gemaakt dat dit risico zich in het concrete geval heeft verwezenlijkt, is alleen uitgangspunt in het Nederlandse recht en niet in de andere, door mij onderzochte rechtsstelsels. Ditzelfde geldt voor een omkering van de bewijslast ten aanzien van de zorgplicht als het causaal verband tussen werk en letsel door de werknemer is aangetoond. Wel kennen het Duitse, Engelse en Amerikaanse recht meer specifieke regels voor verschuiving van de bewijslast in geval van respectievelijk pesten in het Duitse recht en seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras in het Engelse en Amerikaanse recht. In het Duitse recht wordt met betrekking tot de aansprakelijkheid van de werkgever voor de gevolgen van pesten aangenomen dat, als vaststaat dat een werknemer gepest is, dit betekent dat een werkgever zijn *Organisations- und Schutzpflichten* heeft geschonden, tenzij de werkgever aantoont dat hij passende maatregelen heeft genomen om het pesten tegen te gaan en dat hij deze ook heeft gehandhaafd.⁴⁵ De werkgever moet, om aan aansprakelijkheid te ontkomen, dus aantonen dat hij zijn zorgplicht heeft nageleefd. Naar Engels en Amerikaans recht is een werkgever aansprakelijk voor intimidatie wegens sekse of ras op het werk, tenzij hij bewijst dat hij zodanige stappen heeft genomen als redelijkerwijs van hem verlangd mocht worden teneinde de intimiderende werknemer van zijn gedrag te weerhouden.⁴⁶ In het Amerikaanse recht geldt dit overigens alleen voor intimidatie door leidinggevenden.⁴⁷ Waar het gaat om andere oorzaken van psychisch letsel is het naar Engels en Amerikaans recht aan de werknemer om het causaal verband te bewijzen tussen zijn ziekte en de eventuele tekortkoming van de werkgever. Over het Duitse recht valt in dit opzicht niet

45 Zie uitgebreid P. Wickler, "Wertorientierungen in Unternehmen und gerichtlicher Mobbingenschutz", *Der Betrieb* 2002, p. 483. Zie ook Landesarbeitsgericht Thüringen 10.4.2001, *NZA-RR* 2001, 347 en *DB* 2001, 1204 en 15.2.2001, *NZA-RR* 2001, 577 en *DB* 2001, 1783

46 In het Engelse recht is dit het geval op grond van art. 41 van de *Sex Discrimination Act* (SDA) 1975 en art. 32 van de *Race Relations Act* (RRA) 1976. In het Amerikaanse recht volgt dit uit de uitspraken van het *Supreme Court* in *Burlington Industries Inc. v. Ellerth*, 524 U.S. 742 (1998) en *Faragher v. City of Boca Raton*, 524 U.S. 775 (1998). In het Nederlandse recht geldt een vergelijkbare regel op grond van art. 6:170 BW, echter zonder disculpatiemogelijkheid voor de werkgever.

47 Zie de uitspraken in *Burlington Industries Inc. v. Ellerth*, 524 U.S. 742 (1998) en *Faragher v. City of Boca Raton*, 524 U.S. 775 (1998).

HOOFDSTUK 17

veel te zeggen, omdat daarin niet foutaansprakelijkheid uitgangspunt is, maar vergoeding op no-fault basis.

Het Nederlandse recht lijkt op dit punt in theorie dus redelijk gunstig te zijn voor werknemers, in elk geval in vergelijking tot het Engelse en Amerikaanse recht. In de praktijk zal vermoedelijk echter niet snel worden aangenomen dat causaal verband bestaat tussen werk en psychische ziekte als een werknemer niet ook tot op zekere hoogte aannemelijk heeft gemaakt dat de werkgever een tekortkoming valt te verwijten. In hoofdstuk 3 gaf ik al aan dat, ook als een werknemer zich op artikel 7:658 BW beroept, hij in de regel niet zal kunnen volstaan met de stelling dat hij ziek is geworden door het werk en dat het aan de werkgever is om te bewijzen dat hij zijn zorgplicht heeft nageleefd, omdat het bewijs dat een psychische ziekte door het werk komt veelal niet geleverd zal kunnen worden zonder dat wordt ingegaan op de niet-nakoming door de werkgever van zijn zorgplicht.⁴⁸ Ook een beroep op de omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband in de situatie waarin vaststaat dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen, zal de psychisch zieke werknemer niet steeds baten omdat voor inwerking-treding van die regel minimaal vereist lijkt te zijn dat aannemelijk is dat de psychische ziekte van de werknemer in relatie staat tot het werk en niet hoofdzakelijk door andere buiten het werk gelegen omstandigheden is veroorzaakt.⁴⁹ In beide gevallen moet de werknemer daarom zowel het een en ander stellen en bewijzen met betrekking tot de zorgplicht van de werkgever als met betrekking tot de causale relatie tussen zijn psychische ziekte en het door hem verrichte werk. Daarmee komt het Nederlandse systeem iets dichter aan te liggen tegen het Engelse en Amerikaanse⁵⁰ systeem, waarin de bewijslast van het causaal verband zonder meer bij de werknemer ligt.

Moelijkheden rondom causaliteit doen zich vooral voor bij psychische ziekten als gevolg van overbelasting. Bij de andere oorzaken van psychische ziekten – een traumatische gebeurtenis op het werk, blootstelling aan gevaarlijke stoffen of materiaal, seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras, pesten en een onzorgvuldige personeelsbeslissing – kan vaak nog wel verwezen worden naar bepaalde concrete gebeurtenissen op het werk die de ziekte hebben doen ontstaan. De vraag is dan nog steeds of deze gebeurtenissen de ziekte wel (mede) veroorzaakt hebben of dat hieraan (vooral) andere, buiten het werk gelegen, omstandigheden debet zijn, maar er is in elk geval een concreet aanknopingspunt waarop de conclusie gebaseerd kan worden dat het bestaan van (enig) causaal verband aannemelijk is. Bij ziekten als gevolg van overbelasting is ook dat concrete aanknopingspunt niet altijd aanwezig. De werknemer zal daarom, indien hij

48 Zie § 3.6.6.

49 Zie § 3.6.7.

50 Althans als gekeken wordt naar FELA. In het gewone Amerikaanse arbeidsrecht is vergoeding op no-fault basis uitgangspunt in plaats van foutaansprakelijkheid.

stelt psychisch ziek te zijn geworden door overbelasting, concreter en meer gedetailleerd dan bij de andere genoemde ziekteoorzaken, moeten aangeven door welke omstandigheden in het werk hij te zwaar belast is geweest en vervolgens ziek is geworden. Veelal zal hij – het zij herhaald – dit bewijs alleen maar kunnen leveren door niet alleen in te gaan op de causale relatie tussen ziekte en werk, maar ook op de schending van de zorgplicht door zijn werkgever.

Indien eenmaal vaststaat dat er *conditio sine qua non*-verband bestaat tussen de tekortkoming van de werkgever en de psychische ziekte van de werknemer is de volgende vraag of alle gevolgen van de ziekte van de werknemer aan de werkgever toegerekend moeten worden of dat sommige gevolgen voor rekening van de werknemer moeten blijven. Deze vraag is vooral relevant indien de psychische ziekte mede is ontstaan door andere, buiten het werk gelegen, oorzaken. In § 3.8 heb ik aangegeven er voorstander van te zijn om in een dergelijk geval te komen tot een verdeling van de schade over werkgever en werknemer op basis van de criteria van artikel 6:101 BW in plaats van de schade volledig aan de werkgever toe te rekenen zolang geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer als bedoeld in artikel 7:658 BW. Een verdeling naar maatstaven vergelijkbaar met die van artikel 6:101 BW is ook gebruikelijk in de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels.⁵¹ Wel dienen naar mijn mening alleen die oorzaken van psychische ziekte aan de werknemer zelf te worden toegerekend, die kunnen worden aangemerkt als *privé*-oorzaken, dat wil zeggen gebeurtenissen in de *privé*-sfeer van de werknemer die samen met de werkgerelateerde oorzaken tot het ontstaan van of het voortduren van de psychische ziekte hebben geleid. De gevolgen van een *predispositie* van de werknemer voor een psychische ziekte in de zin van een latente psychische kwetsbaarheid dienen wel voor rekening van de werkgever te komen evenals eigen schuld in het kader van het werk die niet kan worden aangemerkt als opzet of bewuste roekeloosheid, zoals bijvoorbeeld het zich vanwege ambitie of andere oorzaken overwerken door een werknemer met een *burn-out* tot gevolg. De redenen hiervoor zijn meer uitgebreid besproken in § 3.7.4 en § 3.8.

Van het niet toerekenen van bepaalde schadeoorzaken als hierboven besproken, moet worden onderscheiden het geheel niet toerekenen van een psychische ziekte omdat deze, mede gelet op de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, geacht wordt in een te ver verwijderd verband tot de tekortkoming te staan. Dit laatste kan zich vooral voordoen in situaties waarin de psychische ziekte het gevolg is van een personeelsbeslissing van een werkgever. Ook indien een bepaalde beslissing onzorgvuldig is, kan het zijn dat het, gelet ook op de aard en strekking van de geschonden norm, zo weinig in de rede ligt dat een werknemer

51 Althans in het Engelse en Amerikaanse recht, zie § 7.4.3 en § 9.3.1. In het Duitse recht komt het leerstuk van eigen schuld eigenlijk geheel niet aan de orde vanwege de uitsluiting van civielrechtelijke aansprakelijkheid op grond van het SGB. Zie § 8.3.1

HOOFDSTUK 17

hierdoor een psychische ziekte ontwikkelt dat, ook als dat wel gebeurt, er geen grond is voor toerekening van de gevolgen van die ziekte aan de werkgever. Een voorbeeld van een dergelijke situatie is het ontstaan van psychische ziekte bij een werknemer doordat zijn werkgever hem na een reorganisatie niet in een bepaalde functie plaatst, terwijl dit wel gebeurt met zijn collega's.⁵² Is de psychische ziekte het gevolg van een tekortkoming op het vlak van intimidatie, pesten, overbelasting of traumatische gebeurtenissen op het werk, dan zal er minder snel reden zijn voor het geheel niet toerekenen daarvan. Vaker dan bij personeelsbeslissingen zal het daarbij namelijk gaan om het tekortschieten in een norm die strekte ter voorkoming van letsel, hetgeen een belangrijke indicatie is voor een ruime toerekening. Bij de normen waaraan een zorgvuldige personeelsbeslissing moet voldoen, zal dit niet steeds het geval zijn, omdat die normen vooral de strekking hebben om te waarborgen dat een fatsoenlijke beslissing wordt genomen en niet zozeer om letsel te voorkomen.⁵³

17.3.7 *Relativiteit en het criterium van de redelijke en reële angst*

Bij een traumatische gebeurtenis op het werk en bij de angst om een ernstige ziekte te krijgen als oorzaken van psychisch letsel is het, anders dan bij de andere in deel II besproken oorzaken van psychische ziekten, noodzakelijk om te komen tot een afbakening van de kring van gerechtigden tot schadevergoeding, dit omdat bij gebreke daarvan alle werknemers die stellen psychisch ziek te zijn geworden door de traumatische gebeurtenis op het werk of door de blootstelling aan een gevaarlijke stof, aanspraak kunnen maken op schadevergoeding. Bij aansprakelijkheid voor psychische ziekten als gevolg van de andere in deel II genoemde oorzaken bestaat geen noodzaak tot afbakening in deze zin omdat daarbij steeds sprake is van een tekortkoming van de werkgever jegens een bepaalde werknemer en niet jegens een potentieel grote groep werknemers.

Zoals besproken in § 11.4.2 geschiedt afbakening van de kring van gerechtigden bij shockschade naar Nederlands recht aan de hand van het relativiteitsvereiste. Het is mogelijk, zoals dat gebeurt bij artikel 7:658 BW en ook in het Engelse recht, dat de toetsing aan het relativiteitsvereiste deel uitmaakt van de toets of een zorgplicht is geschonden, maar ook dan wordt nog steeds nagegaan of een bepaalde schade binnen het beschermingsbereik van een bepaalde zorgplicht valt, dat wil zeggen of er relativiteit bestaat tussen schade en zorgplicht.⁵⁴ Bij angstschade wordt aan de hand van het criterium of sprake is van reële of redelijke angst vastgesteld of een werknemer, in wiens geval voor het overige aan de vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan, in aanmerking komt voor schadevergoeding. Het criterium van de reële of redelijke angst wordt daarbij niet gezien als een afzon-

52 Ktr. Maastricht 17 april 2002, *JAR* 2002, 161.

53 Zie verder 3.6.4.

54 Zie § 11.4.2 en § 11.5.3.

derlijk vereiste voor aansprakelijkheid, maar als deel uitmakend van de vraag of door de werkgever een zodanige zorgplicht is geschonden dat aanspraak kan worden gemaakt op een vergoeding voor angstschade of als onderdeel van de vraag naar de wenselijkheid van toerekening van een bepaalde schade op de voet van artikel 6:98 BW.

Voor de verdere invulling van deze criteria bij respectievelijk shockschade en angstschade wordt de lezer verwezen naar respectievelijk § 11.4 en § 12.5.2-12.5.4. Kort samengevat is daar betoogd dat in beginsel alleen die werknemers aanspraak zouden moeten kunnen maken op vergoeding van shockschade als gevolg van het overlijden of gewond raken van een derde, die rechtstreeks zijn geconfronteerd met de schokkende gebeurtenis of met de afloop daarvan (behoudens in die gevallen waarin sprake is van een affectieve relatie tussen fysiek en psychisch slachtoffer). Met betrekking tot angstschade heb ik aangegeven dat een angst mijns inziens redelijk is als deze betrekking heeft op een levensbedreigende of ernstig invaliderende ziekte, als er een reële kans bestaat op het ontstaan van die ziekte, en als ofwel wordt bewezen dat blootstelling aan gevaarlijke stoffen heeft plaatsgevonden ofwel, als dat niet mogelijk is, dat naar objectieve maatstaven gevreesd mag worden dát blootstelling aan bepaalde stoffen/materialen heeft plaatsgevonden.⁵⁵

17.3.8 Materiële en immateriële schade

Naast het geschonden zijn van een zorgplicht ter voorkoming van psychisch letsel is het belangrijkste criterium aan de hand waarvan bepaald wordt of wel of geen aansprakelijkheid voor psychisch letsel moet worden aangenomen, het daadwerkelijk bestaan van dit letsel en daarmee van schade. In de vier onderzochte rechtsstelsels worden hiervoor verschillende criteria gehanteerd. Eén van de belangrijkste verschillen in dit opzicht is of in beginsel elke serieuze psychische ziekte aanspraak kan geven op schadevergoeding of dat hiervoor vereist is dat sprake is van een in de psychiatrie erkende stoornis.⁵⁶ Dit laatste is bijvoorbeeld het geval in het Engelse aansprakelijkheidsrecht, zowel bij de vergoeding van materiële als van immateriële schade, en mogelijk ook in het Nederlandse recht waar het gaat om de vergoeding van immateriële schade als gevolg van de confrontatie met een schokkende gebeurtenis.⁵⁷ Voor het overige komt immateriële schade als gevolg van psychisch letsel op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad voor vergoeding in aanmerking als de werknemer voldoende concrete gegevens aanvoert waaruit volgt dat, in verband met de omstandigheden

55 Zie § 12.5.2 tot en met § 12.5.4.

56 Zie voor een beschrijving van de vereisten waaraan schade als gevolg van een psychische ziekte moet voldoen, wil er recht bestaan op schadevergoeding: § 3.9.

57 Zie § 3.9.3.

HOOFDSTUK 17

van het geval, een psychische beschadiging is ontstaan. Daarvoor is in elk geval nodig dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel is vastgesteld.⁵⁸

Voor het ontstaan van een recht op vergoeding van materiële schade geldt naar Nederlands recht een vergelijkbaar criterium. Materiële schade kan recht geven op schadevergoeding als sprake is van een reële psychische ziekte. Dat dit het geval is, wordt aangenomen als overtuigend medisch bewijs aanwezig is, bij voorkeur afkomstig van een onafhankelijke arts.⁵⁹ Dit criterium verschilt weinig van het criterium dat het bestaan van geestelijk letsel naar objectieve maatstaven moet worden vastgesteld en dat de werknemer voldoende concrete gegevens moet aanvoeren waaruit volgt dat een psychische beschadiging is ontstaan. Een vergelijkbare maatstaf wordt in de Verenigde Staten gehanteerd voor schadevergoeding onder FELA. Als voorwaarde wordt daar gesteld dat sprake is van een aandoening die *both medically diagnosable and medically significant* is.⁶⁰

In § 3.9.3 heb ik reeds opgemerkt mij goed te kunnen vinden in het criterium dat de Hoge Raad thans toepast bij de vergoeding van immateriële schade en dat ook meer in het algemeen bij materiële schade lijkt te worden gevolgd. De eis van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld biedt naar mijn mening slechts schijnzekerheid. Er kan ook sprake zijn van een reële psychische ziekte zonder dat deze kan worden aangemerkt als een psychiatrische stoornis en andersom behoeft een psychiatrische stoornis niet steeds daadwerkelijk tot arbeidsongeschiktheid te leiden.⁶¹ Ik juich het dan ook toe dat de Hoge Raad dit criterium niet (meer) toepast of hooguit alleen in shockschade-situaties (waarin het naar mijn mening overigens ook niet noodzakelijk is op grond van dezelfde argumenten als hier meer in het algemeen worden genoemd). Ook in het Engelse recht wordt aan het vereiste van het psychiatrisch ziektebeeld niet steeds strikt de hand gehouden. Zoals blijkt uit de in de in deel II van dit boek beschreven rechtspraak, is in het Engelse recht ook schadevergoeding toegekend aan werknemers met psychische ziekten waarvan het maar de vraag is of deze als een erkende psychiatrische stoornis kunnen worden aangemerkt.⁶²

58 Zie § 3.9.3 en meer specifiek HR 9 mei 2003, *RvdW* 2003, 92 (Beliën/Provincie Brabant) en HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 348 (J./Staat der Nederlanden).

59 Zie § 3.9.2.

60 Zie onder andere *Bass v. Nooney Co.*, 646 S.W. 2d 765, 772-773 (Montana 1983). Zie verder Christopher M. Shields, "Carlisle v. Consolidated Rail Corp. and Justice Ginsburg's Dissent: Striking an Equitable Compromise between the Interests of Labor and Management regarding FELA Liability for Work-related Stress", 39 *Villanova Law Review* 197, 1994, § IV.

61 Zie ook het rapport van de Law Commission, *Liability for psychiatric illness*, report no. 249, Londen, 1998, p. 51.

62 Zoals *pathological grief, morbid depression* en *a hysterical personality disorder*. Zie § 7.4.4.

Een ander argument tegen het stellen als voorwaarde voor schadevergoeding dat sprake moet zijn van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, is dat het niet altijd duidelijk is wanneer hiervan sprake is. Zo wordt burn-out door het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten als een beroepsziekte erkend, maar is deze ziekte niet terug te vinden in de DSM-IV of de ICD-10. Wel zijn daarin ziektebeelden te vinden met grotendeels dezelfde symptomen als burn-out, bijvoorbeeld bepaalde depressies of aanpassingsstoornissen.⁶³ Een geraadpleegde psychiater kan een burn-out daarom aanmerken als een aanpassingsstoornis en aldus concluderen dat sprake is van een psychiatrisch ziektebeeld of hij kan stellen dat het ziektebeeld burn-out niet voorkomt in de erkende handboeken, zodat geen sprake is van een psychiatrische ziekte. Ook in dit opzicht biedt het vereiste van een erkend psychiatrisch ziektebeeld niet meer dan schijnzekerheid.

Gelet hierop lijkt mij dat het eisen dat sprake is van een erkende psychiatrische ziekte weinig zinvol is. Wel dient natuurlijk sprake te zijn van een reële, identificeerbare en aantoonbare ziekte. Niet elke oververmoeidheid kan bijvoorbeeld aangemerkt worden als een burn-out. In de praktijk zullen de eisen die worden gesteld aan het bewijs van het bestaan van een psychische ziekte veelal zwaarder wegen dan bij fysiek letsel, omdat psychische ziekten vaak minder zichtbaar zijn en mede daardoor moeilijker te verifiëren.⁶⁴ Bovendien speelt bij psychische ziekten meer dan bij fysieke ziekten het probleem dat het niet altijd eenvoudig zal zijn om een onderscheid te maken tussen normale en abnormale (ziekelijke) emoties en aldus tussen gezond en ziek. Daarom moet minimaal overtuigend medisch bewijs aanwezig zijn, wil aangenomen kunnen worden dat inderdaad sprake is van een psychische ziekte. Zoals ik in § 3.9.2 al heb opgemerkt, betekent dat dat in aansprakelijkheidsprocedures in de regel niet zal kunnen worden volstaan met een rapport van een bedrijfsarts, sociaal verzekeringsarts of behandelend arts van de werknemer, maar dat onafhankelijke expertise een voorwaarde is. Uit deze expertise zal bovendien eenduidig moeten blijken dat inderdaad sprake is van psychisch letsel.

Een specifieke categorie is de categorie psychisch letsel als gevolg van discriminatie, seksuele intimidatie, intimidatie op grond van ras en mogelijk ook pesten, in het bijzonder waar het gaat om de vergoeding van immateriële schade. Hierbij geldt een minder zware bewijslast ten aanzien van het bestaan van psychisch letsel omdat de discriminerende en/of intimiderende gedraging als zodanig, los van de gevolgen ervan voor de gezondheid van een werknemer, al wordt gezien als een inbreuk op de menselijke waardigheid van een werknemer en daarmee als een aantasting in de persoon die op grond van artikel 6:106 lid 1 sub b BW recht geeft op smartengeld. Discriminatie en intimidatie kunnen bovendien ook recht geven op een vergoeding van immateriële schade indien zij geen psychisch letsel hebben veroorzaakt. Of dit ook geldt ten aanzien van pesten staat in het

63 Zie § 2.5.4.

64 Zie ook § 3.9.2.

HOOFDSTUK 17

Nederlandse recht nog niet vast. In het Duitse recht is dit wel het geval. Onzorgvuldige personeelsbeslissingen kunnen zowel naar Nederlands als naar Duits recht aanspraak geven op smartengeld, ook indien geen psychisch letsel is ontstaan of hierover onzekerheid bestaat, indien sprake is van een ernstige tekortkoming van de werkgever. In het Engelse en Amerikaanse recht wordt een vergelijkbare soepele benadering gevolgd ten aanzien van discriminatie en daaraan gerelateerde intimidatie als in het Nederlandse en Duitse recht. Pesten en onzorgvuldige personeelsbeslissingen geven in deze rechtssystemen in beginsel echter alleen recht op een vergoeding van (immateriële) schade als hierdoor daadwerkelijk een psychische ziekte is ontstaan (in het Amerikaanse recht) dan wel een erkende psychiatrische stoornis (in het Engelse recht).

Zoals herhaaldelijk opgemerkt,⁶⁵ lijkt het mij terecht om minder strenge eisen te stellen aan het daadwerkelijk bestaan van psychische ziekte als voorwaarde voor het recht op smartengeld bij discriminatie en intimidatie en om ook dan smartengeld toe te kennen als geen psychisch letsel is ontstaan, maar wel inbreuk is gemaakt op de menselijke waardigheid van een werknemer. Ik zou ditzelfde uitgangspunt ook willen hanteren bij pesten en bepaalde, ernstige, vormen van persoonsaantasting door een onzorgvuldige personeelsbeslissing. Ook in die gevallen kan de aard van de gedraging reeds een inbreuk vormen op de grondrechten c.q. de menselijke waardigheid van een werknemer en kan daarom ook recht op smartengeld bestaan indien niet tevens sprake is van psychisch letsel of indien hierover onzekerheid bestaat.

17.3.9 Omvang van het smartengeld

Met betrekking tot de omvang van het toe te kennen smartengeld zijn met name in het Engelse recht verschillende richtlijnen ontwikkeld die tot op zekere hoogte bruikbaar zijn voor het Nederlandse recht. Voor de toekenning van *general damages* in het algemeen, dus niet in discriminatiezaken, zijn in dit verband de in § 7.4.4 besproken *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases* relevant en in het bijzonder hoofdstuk 3 (A) daarvan, dat betrekking heeft op *Psychiatric Damage Generally*.⁶⁶ Daarin worden zeven factoren genoemd aan de hand waarvan de ernst van het letsel gewaardeerd dient te worden. Op basis daarvan vindt indeling plaats in één van vier categorieën voor de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding. Het gaat daarbij overigens niet alleen om

⁶⁵ Zie § 14.8, § 15.8 en § 16.5.2.

⁶⁶ De richtlijn is opgesteld door de *Judicial Studies Board*, Oxford University Press 2004, 7th ed, zie p. 10-13. De richtlijn maakt, waar het gaat om *psychiatric damage*, onderscheid tussen *psychiatric damage generally* en *post-traumatic stress disorder*. De richtbedragen voor PTSS liggen iets lager dan die voor psychisch letsel in het algemeen. De voor PTSS genoemde bedragen blijven hier buiten beschouwing.

immateriële schade, maar om *general damages*, een begrip dat ook bepaalde vormen van materiële schade omvat. De aan de categorieën gekoppelde schadebedragen variëren van £ 800,- tot £ 63.000,- (circa € 920,- tot € 72.375,-).⁶⁷ In het Nederlandse recht is een vergelijkbare benadering gevolgd bij de afwikkeling van schade als gevolg van de vliegcrash te Faro, Portugal, in 1992.⁶⁸ Een dergelijke aanpak lijkt me meer in het algemeen zinvol voor het Nederlandse recht, nu daardoor een houvast wordt geboden voor de vaststelling van de hoogte van smartengeld en wordt voorkomen dat zeer uiteenlopende bedragen worden toegekend.

Met betrekking tot de omvang van het toe te kennen smartengeld bij discriminatie, seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras en pesten kan aansluiting worden gezocht bij in de Engelse rechtspraak ontwikkelde richtlijnen⁶⁹ waarin een aantal criteria worden genoemd voor de beantwoording voor de vraag óf smartengeld moet worden toegekend en, zo ja, ter hoogte van welk bedrag, en waarin onderscheid wordt gemaakt tussen zeer ernstige vormen van discriminatie/intimidatie, serieuze vormen van discriminatie/intimidatie en iets minder ernstige of eenmalige vormen van discriminatie/intimidatie. De in dit verband genoemde bedragen variëren van £ 500,- tot £ 25.000,- (circa € 574,- tot € 28.720,-)⁷⁰ en liggen aldus iets lager dan de bedragen genoemd in de algemene letselschadezaken. Daarbij dient echter bedacht te worden dat deze bedragen zuiver betrekking hebben op smartengeld voor de discriminatie/intimidatie *sec* en dat daarnaast nog een vergoeding van immateriële schade kan worden toegekend als tevens sprake is van *psychiatric damage*.

In het Nederlandse recht is het niet gebruikelijk om apart smartengeld toe te kennen voor discriminatie/intimidatie en voor psychisch letsel als gevolg daarvan. Zowel discriminatie/intimidatie als het ontstaan van psychisch letsel wordt beschouwd als een aantasting in de persoon en voor die aantasting wordt één bedrag toegekend. Deze benadering strookt echter niet zonder meer, zoals ook reeds is opgemerkt in § 14.8, met het uitgangspunt dat intimidatie en discriminatie (en ook pesten) ook recht geven op smartengeld indien niet tevens psychisch letsel is ontstaan vanwege de inbreuk op de menselijke waardigheid van een werknemer die door deze gedragingen gemaakt wordt. Dit valt te ondervangen door toekenning van een hoger totaalbedrag aan smartengeld indien psychisch letsel is ontstaan, waarbij dan inzichtelijk wordt gemaakt welk bedrag is toegekend vanwege de intimidatie en/of discriminatie als zodanig en welk bedrag vanwege de psychische ziekte die daar het gevolg van is. De consequentie van deze benadering is wel dat een werknemer die psychisch ziek is geworden door

67 Bij een omrekenkoers van 1.148 op 22 maart 2005.

68 Zie hierover H.J. Bunjes, "Shockschade – een experiment", *Verkeersrecht* 1999, p. 10-12 en § 3.9.3.

69 Zie meer in detail § 14.8 en de daar genoemde rechtspraak.

70 Bij een omrekenkoers van 1.148 op 22 maart 2005.

HOOFDSTUK 17

intimidatie/ discriminatie aanspraak zal kunnen maken op een hoger bedrag aan smartengeld dan werknemers die psychisch ziek zijn geworden door andere oorzaken, zoals overbelasting of het meemaken van een traumatische gebeurtenis op het werk. Dat is echter het onontkoombaar gevolg van het uitgangspunt dat gedragingen als discriminatie, intimidatie en pesten vanwege hun aard ook recht geven op vergoeding van immateriële schade indien zij geen ziekte teweeg hebben gebracht.⁷¹

17.4 Vergoeding van psychisch letsel op basis van kwalitatieve aansprakelijkheid

In alle vier de onderzochte rechtsstelsels kan een werkgever kwalitatief aansprakelijk worden gehouden voor psychisch letsel als gevolg van intimidatie wegens sekse en/of ras. In Duitsland bestaat deze mogelijkheid ook waar de ziekte van de werknemer het gevolg is van pesten en in het Engelse en Nederlandse recht is kwalitatieve aansprakelijkheid in beginsel bij alle ziekteoorzaken mogelijk. Bij intimidatie wegens sekse en/of ras en pesten is de mogelijkheid voor kwalitatieve aansprakelijkheid echter het meest relevant, omdat het hierbij gaat om gedragingen die vaak ook door ondergeschikten worden gepleegd en niet steeds door de werkgever zelf.⁷² Tegelijk is kwalitatieve aansprakelijkheid bij dit type gedragingen ook problematisch omdat het vrijwel steeds gaat om opzettelijke gedragingen van werknemers. Daardoor rijst de vraag of deze gedragingen nog wel in een functionele relatie staan tot de arbeid en daarmee binnen de reikwijdte van de kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever vallen, of dat moet worden geoordeeld dat de onrechtmatig handelende werknemer bezig is geweest met privé-gedragingen die losstaan van het werk.⁷³ Een oplossing hiervoor is binnen het kader van de kwalitatieve aansprakelijkheid moeilijk te vinden omdat, als te snel wordt geoordeeld dat gedragingen als pesten en intimidatie wegens sekse en/of ras niet binnen de reikwijdte van de kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever vallen, afbreuk wordt gedaan aan de preventieve doelstelling van wet- en regelgeving op dit vlak en bovendien het risico dreigt dat juist voor ernstiger gedragingen geen aansprakelijkheid bestaat omdat deze eerder als privé-gedragingen van de werknemer moeten worden aangemerkt dan minder ernstige gedragingen. Het ver oprekken van de kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever, zodat deze steeds ook de hier genoemde opzettelijke gedra-

71 Daarbij dient er wel voor gewaakt te worden dat het discriminatie- en intimidatiebegrip niet te ver uitgehold wordt. Zie ook R. Holtmaat, "Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling", *NJB* 2003, p. 1266-1276. Overigens is er wel verschil tussen het tegengaan van bepaald gedrag op het werk en het als discriminatie beschouwen daarvan.

72 Zie ook § 17.3.4.

73 Zie ook uitgebreid § 14.6.6 en § 15.6.4.

gingen van werknemers omvat, is echter ook geen goede optie, zeker niet indien deze aansprakelijkheid een risicoaansprakelijkheid is zoals in het Nederlandse recht. Daarmee zou het criterium van het functioneel verband namelijk veel van zijn betekenis verliezen. Dit criterium is echter, naast het foutvereiste, het belangrijkste afbakenende criterium tussen het wel en niet aannemen van aansprakelijkheid van de werkgever. Wordt dit criterium te sterk genuanceerd, dan kan de werkgever ook aansprakelijk worden gehouden voor gedragingen die met het werk als zodanig weinig meer van doen hebben.

In § 13.6.6 en § 14.6.4 is aangegeven dat naar mijn mening twee oplossingen bestaan voor deze problematiek. De eerste oplossing, die te vinden is in het Duitse recht (althans waar het pesten betreft) en in het Amerikaanse en Engelse antidiscriminatierecht, is dat wordt gewerkt met een mix van foutaansprakelijkheid en risicoaansprakelijkheid. Een werkgever is in die rechtsstelsels voor bepaalde gedragingen van werknemers, zoals intimidatie en pesten, aansprakelijk, tenzij hij aantoont dat hij die maatregelen heeft genomen ter voorkoming van die gedragingen die redelijkerwijs van hem verlangd mochten worden. De tweede oplossing, waarvan in het Nederlandse recht gebruik wordt gemaakt, is dat niet snel kwalitatieve aansprakelijkheid wordt aangenomen voor gedragingen als pesten en intimidatie wegens sekse en/of ras, maar dat er een ruime vorm van foutaansprakelijkheid bestaat die mede inhoudt dat een werkgever maatregelen moet nemen om intimidatie en pesten door ondergeschikten te voorkomen en te bestrijden. Beide oplossingen zijn mijns inziens bruikbaar. Waar het om gaat, is dat de meer klassieke vorm van kwalitatieve aansprakelijkheid, waarbij risicoaansprakelijkheid van de werkgever bestaat voor schade veroorzaakt door een werknemer in de uitoefening van zijn functie, geen geschikt kader biedt voor het vergoeden van schade als gevolg van opzettelijke gedragingen als intimidatie wegens sekse en/of ras en pesten,⁷⁴ maar dat, om een goede balans te vinden tussen de belangen van werkgever en werknemer, het noodzakelijk is om de zorgplicht van de werkgever te betrekken bij de vraag naar diens aansprakelijkheid. Dit kan zowel door uit te gaan van kwalitatieve aansprakelijkheid en daarbij de werkgever de mogelijkheid te geven zich te disculperen door aan te tonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan, als door uit te gaan van een ruime vorm van foutaansprakelijkheid die zich ook uitstrekt tot gedragingen van ondergeschikten.⁷⁵

74 Dit geldt overigens ook voor kwalitatieve aansprakelijkheid voor opzettelijk toegebracht lichamelijk letsel, zoals bij mishandeling.

75 In zekere zin kan gezegd worden dat art. 7:658 BW al een vorm van kwalitatieve aansprakelijkheid kent, omdat een werkgever in beginsel aansprakelijk is voor schade van een werknemer die is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden. Het is in dat geval aan de werkgever om aan te tonen dat hij zijn zorgplicht heeft nageleefd. Dit systeem is in grote lijnen hetzelfde als het systeem dat in het Engelse en Amerikaanse recht wordt toegepast met betrekking tot discriminatie en intimidatie en in het Duitse recht met betrekking tot pesten en seksuele intimidatie.

HOOFDSTUK 17

17.5 Vergoeding van psychische ziekte via het ontslagrecht*17.5.1 Mogelijkheden voor toekenning in een ontslagprocedure van een vergoeding wegens psychische ziekte als gevolg van het werk of als gevolg van het ontslag zelf*

In het Nederlandse en in zekere mate ook in het Duitse en Engelse ontslagrecht kan een werknemer die psychisch ziek is geworden door het werk of door het ontslag zelf in een ontslagprocedure aanspraak maken op een vergoeding. In het Amerikaanse recht bestaan hiervoor nauwelijks mogelijkheden.⁷⁶ Het Nederlandse recht biedt, in vergelijking tot de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels, de meeste mogelijkheden voor het verkrijgen van een vergoeding van psychische ziekte via het ontslagrecht. In de eerste plaats kan een werknemer in het Nederlandse recht ook dan aanspraak maken op een ontslagvergoeding als hij ziek is geworden door het werk, zonder dat vaststaat dat de werkgever van het ontstaan van die ziekte een verwijt treft. In het Engelse en Duitse recht kan een werknemer alleen aanspraak maken op een vergoeding wegens psychische ziekte die het gevolg is van het werk als hij aantoont dat de werkgever in strijd heeft gehandeld met zijn verplichtingen.⁷⁷ In de tweede plaats beoogt de ontslagvergoeding naar Nederlands recht niet alleen een compensatie te zijn voor meer materiële schade, zoals inkomstenderving, maar ook voor immateriële schade, zoals het verlies van het dienstverband als zodanig en het psychisch leed dat een werknemer heeft ondervonden door een eventueel verwijtbare handelwijze van zijn werkgever. In het Engelse recht kan alleen een ontslagvergoeding worden toegekend met het oog op de materiële gevolgen van het ontslag. Het *House of Lords* heeft nog in 2004 beslist dat het ontslagrecht geen ruimte kent voor de toekenning van een vergoeding voor *injury to feelings*.⁷⁸ Het Duitse recht lijkt in dit opzicht op het Nederlandse. Ontslagvergoedingen zijn ook daar een all-in bedrag, waarvan gezegd kan worden dat een deel bestemd is ter compensatie van de materiële en een deel ter compensatie van de immateriële schade door het ontslag en de daaraan voorafgegane gebeurtenissen.

Het Nederlandse ontslagrecht kent dus redelijk ruime mogelijkheden voor de toekenning van een vergoeding voor psychische ziekte. Wat betreft de mogelijkheid van het toekennen van een vergoeding voor immateriële schade, althans het daarmee rekening houden bij de vaststelling van een all-in ontslagvergoeding, lijkt me dit toe te juichen. Een ontslag kan heel wel gevolgen hebben voor de psychische gesteldheid van een werknemer, zeker indien het ontslag op onzorgvuldige wijze wordt gegeven. De schade zal dan niet alleen materieel van aard zijn,

76 Zie § 9.6.

77 Zie § 7.6.3 en § 8.6.2.

78 *Dunnachie v Kingston upon Hull City Council* [2004] UKHL 36.

79 Zie laatstelijk *Eastwood and another v Magnox Electric plc (and McCabe v Cornwall Country Council and others)* [2004] UKHL 35.

maar ook immaterieel. Toekenning van een ontslagvergoeding met het oog daarop is dan billijk. Dit geldt temeer indien de mogelijkheden voor het verkrijgen van een vergoeding voor deze immateriële schade op basis van het aansprakelijkheidsrecht gering zijn. In het Nederlandse recht kan dit het geval zijn vanwege de Baijings-leer, terwijl het in het Engelse recht geheel niet mogelijk is om op basis van het aansprakelijkheidsrecht (de *common law*) vergoeding te verkrijgen van schade die het gevolg is van een ontslag.⁷⁹ Een werknemer is daarvoor steeds aangewezen op het ontslagrecht. Het wringt dan nogal wanneer in die ontslagprocedure, zoals momenteel het geval is in het Engelse recht, geen vergoeding van immateriële schade kan worden verkregen.

Het toekennen van een ontslagvergoeding aan een werknemer omdat hij psychisch ziek is geworden door het werk, zonder dat de werkgever van die ziekte een verwijt treft, is mijns inziens, zoals ik ook reeds heb opgemerkt in § 6.2.5, geen goede zaak. In de eerste plaats is het, zoals herhaaldelijk is aangegeven in dit onderzoek, bij psychische ziekten niet goed mogelijk om zorgplicht en causaal verband uit elkaar te trekken in die zin dat causaal verband kan worden vastgesteld tussen werk en psychische ziekte zonder dat de zorgplicht van de werkgever daarbij wordt betrokken.⁸⁰ Het doen voorkomen in een ontslagprocedure dat dit wel mogelijk is, doet daarom geen recht aan de feitelijke situatie. In de tweede plaats kan toekenning van een ontslagvergoeding enkel op grond van het bestaan van een causale relatie tussen ziekte en werk tot een ongewenste toename van het aantal verzoeken om ontslag met een vergoeding op die grond leiden. Het ontslagrecht verwordt dan tot een soort van sociaal verzekeringssysteem. Ten derde wordt, door een ontslagvergoeding toe te kennen alleen omdat een werknemer ziek is geworden door het werk, een risicoaansprakelijkheid gecreëerd in het ontslagrecht, terwijl uitgangspunt van het aansprakelijkheidsrecht, zoals dat is vormgegeven in de artikelen 7:658 BW en 7:611 BW, nu juist foutaansprakelijkheid is. Het lijkt me niet dat dit stelsel van aansprakelijkheidsrecht doorkruist moet worden door het ontslagrecht. Uiteraard kan in het ontslagrecht een vergoeding worden toegekend met het oog op andere omstandigheden van het geval. De enkele omstandigheid dat een werknemer ziek is geworden door het werk is hiervoor, naar ik meen, echter niet voldoende.

Toekenning van een ontbindingsvergoeding omdat een werknemer psychisch ziek is geworden door verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever stuit op minder bezwaren en komt in de praktijk, zoals blijkt uit de in deel II van dit boek behandelde rechtspraak, ook veelvuldig voor. Wel is ook hierbij voorzichtigheid geboden teneinde te voorkomen dat een werkgever in een ontbindingsprocedure wordt veroordeeld tot betaling van een (forse) vergoeding, terwijl later in een bodemprocedure op grond van artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW komt

80 Eigenlijk alleen bij ernstige vormen van intimidatie en pesten lijkt dit mogelijk, maar daarbij zal meestal wel sprake zijn van een tekortkoming van de werkgever.

HOOFDSTUK 17

vast te staan dat hij niet aansprakelijk is/was voor de psychische ziekte van de werknemer.⁸¹

17.5.2 *Samenloop*

Problemen van samenloop tussen ontslagrecht en aansprakelijkheidsrecht doen zich zowel voor in het Nederlandse als in het Engelse recht. In het Engelse recht is de situatie thans zo dat een werknemer die psychisch ziek is geworden door gebeurtenissen tijdens de looptijd van het dienstverband, aanspraak kan maken op (volledige) schadevergoeding, terwijl een werknemer die psychisch ziek is geworden door gebeurtenissen die samenhangen met ontslag, hooguit recht heeft op een vergoeding inzake *unfair dismissal*.⁸² Omdat een ontslagvergoeding in het Engelse recht veel lager is dan een gewone schadevergoeding en bovendien enkel betrekking kan hebben op materiële schade, is dit in feite een aanmoediging voor werkgevers om werknemers van wie zij vermoeden dat deze wel eens door psychische klachten zouden kunnen instorten, te ontslaan. Het *House of Lords* heeft daarom inmiddels een urgent appèl gedaan op de wetgever om deze situatie te repareren.⁸³

In het Nederlandse recht is de situatie minder dramatisch, omdat een werknemer daarin alleen dan niet zijn werkgever buiten het ontslagrecht om aansprakelijk kan stellen voor psychisch letsel als gevolg van een ontslag als er een ontbindingsprocedure heeft gespeeld en de werknemer zijn vordering daarin had moeten inbrengen. Het is niet geheel zeker of een werknemer een vergoeding tot psychisch letsel als gevolg van ontslag in een ontbindingsprocedure moet inbrengen. Mogelijk kan hij, zeker als hij de vordering kan baseren op artikel 7:658 BW, ervoor kiezen deze buiten de ontbindingsprocedure te laten en aanhangig te maken in een aparte (dagvaardings)procedure. Zeker is dit echter niet omdat het wel gaat om een vordering die samenhangt met het ontslag en mogelijk ook gezegd kan worden dat deze voortvloeit uit de redelijkheid en billijkheid en daarom op grond van de Baijings-leer⁸⁴ behoort tot de aanspraken die moeten worden meegewogen in de ontbindingsprocedure. De werknemer doet er daarom naar mijn mening goed aan om een eventuele claim tot vergoeding van psychisch letsel door een ontslag in elk geval aan te kaarten in een ontbindingsprocedure en zo nodig de kantonrechter te vragen deze buiten beschouwing te laten. Dit geldt overigens alleen voor zover de psychische ziekte het gevolg is van het ontslag. Is deze ontstaan door eerdere, daarvan losstaande gebeurtenissen, dan is de Baijings-

81 Zie ook § 6.2.5.

82 Zie § 17.5.1 en *Eastwood and another v Magnox Electric plc (and McCabe v Cornwall Country Council and others)* [2004] UKHL 35.

83 In de zaak *Eastwood and another v Magnox Electric plc (and McCabe v Cornwall Country Council and others)* [2004] UKHL 35.

84 Zie uitgebreider hierover § 3.12.1 en § 3.12.2.

leer niet van toepassing en kan de werknemer zijn claim in elk geval buiten de ontbindingsprocedure houden.

Is de conclusie dat de werknemer zijn vordering tot vergoeding van psychisch letsel in moet brengen in de ontbindingsprocedure, dan moet hij mogelijk genoeg nemen met een lagere vergoeding dan wanneer hij zich op het aansprakelijkheidsrecht had kunnen beroepen. De situatie in het Nederlandse recht is op dit punt vergelijkbaar met die in het Engelse recht. Wél zijn de ontbindingsvergoedingen naar Nederlands recht veelal hoger dan de ontslagvergoedingen naar Engels recht en liggen deze daardoor minder ver af van de werkelijk geleden schade.⁸⁵ Het blijft echter zaak om ook in het Nederlandse recht erop te letten dat de ontbindingsvergoedingen qua hoogte niet te ver afwijken van de werkelijke schade. Gebeurt dat wel, dan ontstaat ook hier de situatie dat een werknemer die psychisch ziek is geworden door gebeurtenissen tijdens de looptijd van een dienstverband, beter af is dan een werknemer waarbij de oorzaak van zijn ziekte in het ontslag ligt en/of de wijze waarop dit is gegeven. De eerste werknemer kan namelijk in beginsel aanspraak maken op volledige schadevergoeding en de tweede alleen op een ontslagvergoeding (althans als er een ontbindingsprocedure heeft plaatsgevonden).⁸⁶

Verder zou het mijns inziens goed zijn als de ontbindingsprocedure zou worden afgeschaft en vervangen door de kennelijk onredelijk ontslagprocedure⁸⁷, zodat vorderingen die samenhangen met een ontslag kunnen worden beoordeeld in een procedure die de nodige processuele waarborgen biedt.⁸⁸ Thans is dit niet het geval.⁸⁹ Is afschaffing van de ontbindingsprocedure geen reëel perspectief, dan zou in elk geval de mogelijkheid van hoger beroep van een ontbindingsbeschik-

85 Het is natuurlijk ook mogelijk dat de ontslagvergoeding de daadwerkelijke schade overtreft. Met name bij minder ernstige psychische ziekten zal dit het geval kunnen zijn als de betrokken werknemer niet al te lang na zijn ontslag ander werk vindt.

86 Dit verschil zou nog groter worden als de ontslagvergoeding wordt verrekend met de WW-uitkering, zoals het kabinet Balkenende in 2004 heeft aangekondigd. De SER heeft echter geadviseerd om dit niet te doen. Zie het Ontwerp SER-advies, *Ontslagpraktijk en Werkloosheidswet* en *Toekomstbestendigheid Werkloosheidswet*, d.d. 29 maart 2005. Bij het afsluiten van deze tekst was de verwachting dat het advies op 15 april 2005 door de SER zou worden vastgesteld. Nog niet bekend was of de regering het advies zou overnemen.

87 Waarbij een uitzondering gemaakt zou kunnen worden voor die gevallen waarin een opzegverbod geldt. Zie verder § 3.12.2.

88 De preventieve ontslagtoets van het BBA zou dan ook kunnen worden afgeschaft.

89 Van een vonnis inzake kennelijk onredelijk ontslag kan namelijk wel hoger beroep worden ingesteld en bovendien kunnen in een procedure op grond van art. 7:681 BW getuigen worden gehoord en deskundigen benoemd. Zie verder § 6.3.1.

HOOFDSTUK 17

king moeten worden ingevoerd⁹⁰ en zou het mogelijk gemaakt moeten worden om in de ontbindingsprocedure getuigen te horen en deskundigen in te schakelen. Het laten voortbestaan van de huidige situatie, waarin enerzijds op grond van de Baijings-leer alle aanspraken die samenhangen met een ontslag ingebracht moeten worden in de ontbindingsprocedure, maar anderzijds geen grondige beoordeling van die aanspraken mogelijk is en evenmin hoger beroep kan worden ingesteld, is onwenselijk.⁹¹ Verzachting van de problematiek is mogelijk door de Baijings-leer zo beperkt mogelijk uit te leggen en bij de vaststelling van de ontbindingsvergoeding zo veel mogelijk aan te sluiten bij de werkelijke schade, maar het daadwerkelijk oplossen ervan zou natuurlijk beter zijn.⁹²

17.6 Conclusies ten aanzien van het vergoeden van psychisch letsel op gelijke wijze als fysiek letsel

In dit boek en meer in het bijzonder in de paragrafen 17.1 tot en met 17.5 is besproken onder welke voorwaarden en op welke grondslagen psychische ziekten als gevolg van bepaalde oorzaken aanspraak kunnen geven op een vergoeding. Daarbij is steeds gekeken of bij psychisch letsel de vereisten voor het recht op een vergoeding op andere wijze moeten worden ingevuld dan bij fysiek letsel of dat aanvullende eisen moeten worden gesteld, of dat psychisch letsel op dezelfde wijze behandeld dient te worden als fysiek letsel. In § 2.6 zijn de belangrijkste redenen die worden aangevoerd voor het niet op dezelfde wijze behandelen van psychisch letsel als fysiek letsel reeds op een rij gezet en zijn ook de argumenten daartegen besproken. Nu aan het einde van het boek gekomen, kunnen hieruit de hierna te bespreken conclusies worden getrokken

Als eerste argument voor het opleggen van beperkingen aan de vergoeding van psychisch letsel is het *floodgates*-argument genoemd, het argument dat het onbeperkt vergoeden van psychisch letsel zal leiden tot een stortvloed van vorderingen. Dit argument wordt met name gebezigd in verband met shockschade. Achtergrond ervan is dat gevreesd wordt dat één bepaalde gebeurtenis kan leiden tot

90 Dit zou ook partieel hoger beroep kunnen zijn, dus alleen met betrekking tot de vergoeding. Zie § 3.12.2, noot 236.

91 Zie ook AG Huydecoper in zijn conclusie bij HR 18 juni 2004, *JAR* 2004, 168, die onder punt 21 opmerkt dat de summiere procesgang die de ontbindingsprocedure kent en het ontbreken van hoger beroep slecht te rijmen is met het uitgangspunt van de Baijings-leer “dat ook toetsing van aspecten rond de beëindiging van de dienstbetrekking die in de ontbindingsprocedure – door het summiere karakter daarvan – niet die aandacht hebben kunnen krijgen die daar in ander verband aan zou toekomen, daardoor toch van verdere beoordeling (kunnen) worden uitgesloten.” De AG is dan ook van mening dat er klemmende redenen zijn om de materie in heroverweging te nemen.

92 Zie nogmaals § 3.12.2.

een groot aantal vorderingen indien al degenen die door deze gebeurtenis psychische klachten hebben opgelopen, schadevergoeding kunnen vorderen. In hoofdstuk 11 ben ik reeds uitgebreid op deze materie ingegaan en heb ik aangegeven dat mijns inziens op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid een begrenzing kan worden gevonden door als voorwaarde voor aansprakelijkheid te stellen dat een rechtstreekse confrontatie heeft plaatsgevonden met het ongeval of de directe afloop daarvan, waarbij dan een uitzondering op zijn plaats is in die gevallen waarin een werknemer niet aan het vereiste van de rechtstreekse confrontatie voldoet, maar wel een nauwe affectieve relatie had met het fysiek gewonde of overleden slachtoffer.⁹³ Daardoor hoeft niet voor onbegrensde aansprakelijkheid gevreesd te worden en is er dus ook geen reden om deze vorm van shockschade van vergoeding uit te sluiten of sterk te beperken.

Als tweede argument is genoemd het risico op fraude/simulatie. Mensen zouden psychische klachten kunnen simuleren of erger voor kunnen doen dan deze zijn en psychiaters zouden dit niet altijd doorzien. Als argumenten hiertegen zijn aangevoerd dat dit probleem zich ook kan voordoen bij rugklachten, dat psychiaters toetsen hebben ontwikkeld om vast te stellen of sprake is van simulatie of overdrijving en dat overigens, blijkens de medische literatuur, fraude heden ten dage nauwelijks nog een probleem is.⁹⁴ Wat hier ook van zij, mijns inziens is het argument van mogelijke fraude geen reden om vorderingen tot vergoeding van psychisch letsel anders te behandelen dan vorderingen tot vergoeding van fysiek letsel, nu fraude zich bij beide vormen van letsel kan voordoen. Het risico dat een enkele werknemer, ondanks medische en juridische toetsing, schadevergoeding zou weten te bemachtigen door klachten te simuleren of te overdrijven, weegt bovendien niet op tegen het risico van het uitsluiten van een groot aantal valide vorderingen vanwege de angst voor simulatie en overdrijving. Een oplossing kan worden gevonden door psychisch letsel wel voor vergoeding in aanmerking te laten komen, maar strikt te toetsen of daadwerkelijk sprake is van een serieuze psychische ziekte.

Ook het als derde genoemde probleem, dat van de conflicterende medische opvattingen bij psychisch letsel, kan zich evenzeer bij fysiek letsel voordoen als bij psychische ziekten. Het is uiteindelijk aan de rechter om zich hierover een oordeel te vormen. Het feit dat dit niet altijd gemakkelijk zal zijn, rechtvaardigt, naar ik meen, niet het stellen van onevenredige beperkingen aan de vergoeding van psychisch letsel.

Het vierde argument dat is aangevoerd ter rechtvaardiging van het beperken van de vergoeding van psychisch letsel is dat psychisch letsel vaak minder ernstig zou zijn dan fysiek letsel. Door psychiaters en psychologen wordt deze opvatting echter onjuist bevonden omdat psychische ziekten zeker even ernstig (kunnen)

93 Zie § 11.4.6.

94 Zie steeds § 2.6.

HOOFDSTUK 17

zijn als fysieke. Ook wordt opgemerkt, zowel in medische als in juridische kringen, dat psychisch letsel bijna steeds fysieke effecten heeft en andersom:⁹⁵

"Mental processes are products of the brain and body that continuously interact with each other through nerve impulses and through chemicals carried by the bloodstream."⁹⁶

Mullany & Handford noemen in dit opzicht het voorbeeld van angst.⁹⁷ Angst brengt het lichaam, door een groot aantal fysieke veranderingen, in paraatheid om te vluchten of te vechten. Aldus heeft deze emotie verschillende lichamelijke effecten. Ditzelfde geldt voor andere emoties. Een emotie heeft altijd ook fysieke aspecten, niet alleen psychische.⁹⁸ Gelet hierop is er onvoldoende reden om psychisch letsel principieel anders te behandelen dan fysiek letsel.

Het vijfde argument, te weten dat procederen volgens sommige schrijvers een nadelige invloed kan hebben op het herstel van een psychische ziekte, wordt door anderen bestreden met de stelling dat dit ook geldt bij fysiek letsel. Ook wordt wel opgemerkt dat het juridische proces weliswaar een rol kan spelen bij herstel van psychisch letsel, maar dat andere aspecten, zoals de persoonlijkheid van de betrokkene, zijn omgeving, zijn perspectieven op de arbeidsmarkt, en vooral ook de psychologische begeleiding die hij ontvangt, van veel grotere betekenis zijn. Belangrijk in dit opzicht lijkt mij dat het onnodig paternalistisch is om slachtoffers te beletten om schadevergoeding te vorderen omdat dit voor hun eigen bestwil zou zijn. Het is aan slachtoffers, personen in hun omgeving en hun artsen om hierover zelf een beslissing te nemen en niet aan juristen om het procederen voor slachtoffers van psychisch letsel extra moeilijk te maken. Dit geldt temeer nu slachtoffers van fysiek letsel ook niet, met het oog op hun eigen gezondheid, worden belet om schadevergoeding te vorderen.

In de literatuur is tenslotte als bezwaar tegen het vergoeden van psychisch letsel op dezelfde voet als lichamenlijk letsel aangevoerd dat het vaststellen van de duur en aard van psychisch letsel vaak lastig is, dat predisposities van grote invloed kunnen zijn op het ontstaan van schade en dat psychisch letsel in een (te) ver ver-

95 Zie N.J. Mullany and P.R. Handford, *Tort Liability for Psychiatric Damage*, Londen 1993, p. 27-28 en de daar genoemde medische literatuur. Zie ook C.H. Sieburgh, "Beschikt de burgerlijke rechter echt over onbegrensde krachten?" in *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, red. C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels, G. van Solinge en L. Timmerman, Deventer 2003, p. 193-194. Zie voorts HR 11 maart 2005, JAR 2005, 84; RvdW 2005, 37 (ABN AMRO/Nieuwenhuys), r.o. 4.2.1.

96 B. van der Kolk, "The Body Keeps the Score: Approaches to the Psychobiology of Posttraumatic Stress Disorder" in *Traumatic Stress*, 1996, p. 216.

97 Mullany and Handford, 1993, p. 28.

98 Mullany and Handford, 1993, p. 28.

wijderd verband kan staan tot de oorzaak ervan.⁹⁹ Met betrekking tot de laatste twee punten kan gezegd worden dat deze zich ook voordoen bij fysiek letsel en dat hiervoor binnen het aansprakelijkheidssysteem een oplossing kan worden gezocht, bijvoorbeeld door psychisch letsel dat in een te ver verwijderd verband staat van de normschending niet hieraan toe te rekenen en/of door predisposities niet volledig toe te rekenen. Het feit dat het lastig kan zijn om de aard en duur van psychisch letsel vast te stellen, is geen reden om daar helemaal niet aan te beginnen. Over de aard en duur van een psychische ziekte kan medische expertise worden ingewonnen. Is het niet mogelijk om de schade nauwkeurig vast te stellen, dan kan deze worden geschat.¹⁰⁰ Een mogelijkheid is ook om de aansprakelijke partij te veroordelen tot het voldoen van periodieke uitkeringen gedurende de periode dat het slachtoffer nog niet is hersteld.¹⁰¹ Het gevaar hiervan is natuurlijk wel dat er niet bepaald een prikkel tot herstel van uitgaat. In die zin lijkt betaling van een bedrag ineens een betere optie. Vergelijkbare moeilijkheden doen zich overigens evenzeer voor bij fysieke beroepsziekten waarvan de duur lastig is in te schatten, zoals rugklachten, RSI etc. Dit feit is echter nooit grond geweest voor een pleidooi om de vergoeding van lichamelijk letsel in te perken en dient dat daarom naar mijn mening ook niet te zijn waar het gaat om psychisch letsel.

Concluderend: er zijn verschillende argumenten te noemen op grond waarvan aan de vergoeding van psychisch letsel beperkingen zouden moeten worden gesteld die niet worden gesteld aan de vergoeding van fysiek letsel. Al deze argumenten hebben echter hun tegenargumenten die naar mijn mening in vrijwel alle gevallen overtuigend zijn. Doorslaggevend dient mijns inziens te zijn dat psychisch letsel niet minder ernstig behoeft te zijn dan fysiek letsel en dat het bovendien (vrijwel) ondoenlijk is om een strikte scheiding tussen beide aan te brengen. Voor zover psychisch letsel vanwege de aard ervan bepaalde moeilijkheden met zich brengt, zoals het feit dat het lastig kan zijn om onderscheid te maken tussen normale en abnormale/ziekelijke emoties en dus tussen gezond en ziek, is het aan de rechter om, aan de hand van medische rapportages en de door partijen verstrekte informatie, te beslissen of er in juridische zin sprake is van ziekte. Dit zal niet altijd eenvoudig zijn, maar is geen reden om deze categorie letsel geheel van vergoeding uit te sluiten of geheel anders te behandelen dan fysiek letsel.

Los hiervan is het bij psychische ziekten steeds van groot belang dat scherp wordt vastgesteld of het risico op het ontstaan daarvan voor de werkgever daad-

99 C.J.J.M. Stolker en D.I. Levine, "Compensation for the Fear of Contracting Asbestos-related Diseases – Critical Reflections on an Important US Supreme Court Decision and its relevance for Europe", *European Review of Private Law*, 1999, p. 4-5 en C.J.J.M. Stolker en D.I. Levine, "AIDS-phobia. Schadevergoeding voor angst", *NJB* 1996, p. 883.

100 Vgl. art. 6:97 BW.

101 Deze benadering wordt bepleit door Stolker en Levine, *NJB* 1996, p. 891.

HOOFDSTUK 17

werkelijk kenbaar was en dus of de werkgever is tekortgeschoten in zijn zorgplicht. Het al dan niet bestaan van een zorgplicht is, zoals blijkt uit dit onderzoek en vooral uit de in deel II beschreven rechtspraak, het belangrijkste afbakenende criterium tussen het wel en niet aannemen van aansprakelijkheid. Aan de vaststelling daarvan dient daarom bijzondere aandacht te worden besteed. Daarnaast dient steeds overtuigend medisch bewijs voorhanden te zijn van het daadwerkelijk bestaan van een serieuze psychische ziekte. Is dit bewijs te mager – zie hierover ook § 17.3.8 – dan dient de vordering van de werknemer tot vergoeding van psychisch letsel te worden afgewezen. Er is, kortom, onvoldoende grond om psychisch letsel principieel anders te behandelen dan fysiek letsel. Wel is er reden om de bestaande vereisten, en dan in het bijzonder het vereiste dat sprake moet zijn van niet nakoming door de werkgever van een zorgplicht ter voorkoming van letsel en het vereiste van het daadwerkelijk bestaan van een psychische ziekte, strikt in te vullen. Op die wijze kan worden bewerkstelligd dat enerzijds bescherming wordt geboden tegen psychisch ziekmakende werkomstandigheden, maar dat anderzijds niet elk psychisch zich niet prettig voelen kan worden vertaald in vordering tot schadevergoeding.

Summary: Compensation for workplace trauma

Chapters 1 and 2 – Introduction and Background Information

This book is concerned with the question of under what circumstances an employee who has become mentally ill as a result of his work may obtain compensation from his employer. This may be compensation based on the employer's fault liability, severance pay or compensation through insurance to be financed by the employer. The question of to what extent mental injury qualifies for compensation cannot be answered simply by referring to the criteria applicable to compensation for physical injury, for in a number of respects, mental injury is essentially different from most kinds of physical injury. One of the characteristics of mental illnesses is that they cannot always be easily foreseen, if only because some employees can take more stress than others. In addition, mental illnesses often have several causes. These may be work-related, connected with the employee's private life or with his personality structure. Third, in many instances it is more difficult to determine the existence, nature and seriousness of mental injury than of physical injury, because there are not always deviations that can be proved medically. In certain circumstances, it may therefore be necessary to place additional requirements on the right to compensation for mental injury, which do not apply unconditionally in the case of physical injury. This book explores these requirements.

In this study, a distinction is made between two kinds of compensation systems: fault liability systems on the one hand and no-fault compensation systems on the other. In a system based on fault liability, the requirements attached to the right to compensation are that the employer has failed in his obligations to the employee, that as a result of this failure, the employee has become mentally ill (causal connection and injury) and that the injury as a result thereof can be imputed to the employer. In a no-fault system, it is not relevant, as a general rule, whether the employer has failed in his obligations to the employee. As a matter of principle, an employee is entitled to claim compensation in this system if it is established that his illness is work-related. In practice, however, it is usually impossible for an employee to prove the causal connection between work and mental illness without invoking the employer's failure in the performance.

In the Dutch system, the following provisions constitute the statutory basis for the employer's fault liability: the duty of care in respect of safe working conditions, as laid down in Article 7:658 of the Dutch Civil Code ("DCC"), the standard of this article as applied in public-sector employment law, and Article 7:611 of the DCC, the employer's obligation to behave as a good employer. In specific cases where compensation is awarded in a dismissal action because an employee has become mentally ill as a result of an employer's imputable act or omission, there is also a kind of fault liability. In the Dutch system, compensation on a no-fault

SUMMARY

basis is possible in public-sector employment law and, in a certain sense, in the context of the termination of employment, insofar as compensation can be awarded to an employee because he has become ill as a result of his work, even if no failures can be imputed to the employer. Further, in 2003 the Dutch Government proposed introducing a compulsory collective insurance scheme under which an employee who has become occupationally disabled as a result of his work can claim specific compensation without needing to prove that the employer failed in the performance of his obligations, which is known as the "Extra Guarantee Scheme for Occupational Hazards" (Extra Garantieregeling Beroepsrisico's). This scheme has not been introduced yet, but it may materialize in the future.

Article 6:170 of the DCC, which governs the employer's vicarious liability, occupies an intermediate position between fault liability and compensation on a no-fault basis. Admittedly, this article does not require that the employer has breached his obligations before he can be held liable, but it is based on fault liability, namely fault liability on the part of the unlawfully acting employee, and not on compensation on a no-fault basis. This is why this book discusses liability under this article jointly with the principles underlying pure employer liability.

This book addresses not only Dutch legal principles, but it also explores the extent to which an employee may claim compensation for a work-related mental illness under English, German and American law. Of these three systems, English law resembles Dutch law closest, because both systems emphasize the employer's fault liability. In German and American law, compensation based on a no-fault system (a collective insurance scheme) constitutes the point of departure, even though both these legal systems have also developed specific types of fault liability.

Part I of the book is concerned with the systems and principles for the compensation of mental injury. Part II focuses on the practical perspective. In this part, the circumstances under which an obligation to compensate mental injury is assumed in concrete terms, and the conditions applied in that context, are discussed in terms of six potential causes of work-related mental injury. Before the compensation systems and the principles for the compensation of mental injury are discussed, Chapter 2 presents an overview of the most important written standards for the prevention of mental injury in the Dutch, English, German and American legal systems, and the most important psychiatric diseases that may arise as a result of workplace trauma are described. These include the post-traumatic stress disorder (PTSD), the acute stress disorder (ASD), depressive disorders and burn-out, adjustment disorders and anxiety disorders. Chapter 2 also includes the arguments used to justify the extra requirements attached to the compensation of mental injury as opposed to physical injury. The counterarguments are discussed as well. At the end of the book, these arguments and counterarguments are dealt with again and the extent to which they are valid is defined.

Chapter 3 – Employer Liability for Workplace Trauma of Employees in Dutch Law

Chapter 3 discusses the question whether Articles 658 and 611 of Book 7 and Articles 170 and 162 of Book 6 of the Dutch Civil Code can serve as a basis for the compensation of work-related mental injury and, if so, how the various liability requirements – breach of duty, relativity between breach and damage, causal connection between damage and work and between damage and breach of duty, imputation within the meaning of Article 6:98 of the DCC and circumstances which can be imputed to the victim – are to be fleshed out. Attention is also devoted to the concurrence of liability actions and dismissal actions. The conclusion is drawn that Article 7:658 of the DCC is a suitable basis for a claim for the compensation of mental injury if a concrete regulation has been violated, provided that the non-observance thereof may give rise to injury. Article 7:611 of the DCC may be invoked in the case of more diffuse standards, in particular in the area of personnel decisions, where the non-observance is unlikely to result in mental injury. Article 6:170 of the DCC has its own area of application, namely the cases where mental injury is the result of a co-employee's unlawful conduct. Finally, Article 6:162 of the DCC plays a residual role and may be applied in cases in which none of the other articles can be invoked.

An employee who invokes Article 7:658 of the DCC for the purpose of seeking compensation in connection with mental injury must prove either that he has sustained this injury in the exercise of his duties or that the employer has breached a duty specifically aimed at preventing his injury and that it is also plausible that this breach of duty has caused the injury. If the employee succeeds in proving the causal connection between work and injury, then it is up to the employer to prove that he has fulfilled his duty of care, or that there has been intent or willful recklessness on the part of the employee, or that his breach has not been the cause of the injury. The causal connection between work and mental injury will not always be easy to prove. As a rule, the employee will not be able to prove this without dealing with the duty of care the employer violated, according to him. In the majority of cases, the employee cannot successfully rely on the rule concerning the reversal of the burden of proving the causal connection unless he is able to make it plausible that there is in fact a presumption of a causal connection between breach of duty and injury. In the case of mental injury, this requirement is quite important, comparatively speaking, set against the requirement of the specific purport of the standard, because, if the causal connection is not made plausible, there is a fair chance that the employer will be held liable for mental injury that is only partly related to the work.

This problem is less daunting in the context of Article 7:611 of the DCC, because this article requires an employee to prove, as a general rule, both that his employer has taken insufficient measures to prevent his mental injury and that the mental injury was caused by that failure. This burden of proof can also be allocated differently, however, depending on the circumstances of the case and

SUMMARY

also on the question whether a reversal of the burden of proof with respect to the causal connection is possible if the employer's breach of duty is an established fact. In the context of Article 6:170 of the DCC, it is mainly important that the sick employee should be able to prove that the chances of a colleague's unlawful conduct have been increased by the instructions issued to the latter for the performance of specific activities, for there must be a functional relationship between the activities and the unlawful conduct. Finally, the basic rules of evidence apply, by and large, to Article 6:162 of the DCC, as they do to Article 7:611 thereof, but these may be modified depending on the circumstances and the nature of the standard that has been violated and the nature of the injury sustained.

In principle, mental predispositions must be imputed to an employer in the same way as physical predispositions, but this does not apply to non-work-related causes of mental injury, meaning causes lying outside the employee's scope of duties that manifest themselves more or less at the same time as unhealthy circumstances at work and that are responsible for the injury together with the latter. There are good arguments for imputing injury as a result of these contributory causes to the employee himself. Article 6:101 of the DCC – the regulation concerning "circumstances that can be imputed to the victim" – provides a basis for assessing what causes may be imputed to the employer and what causes may not.

In any case, a right to compensation for injury based on one of the four articles mentioned above requires mental injury and not just lighter forms of exhaustion or mental discomfort. This applies both to financial loss and noneconomic damage as a result of mental injury. As far as noneconomic damage is concerned, there is the additional requirement that the employee's person must have been afflicted. It is not quite clear whether this requires the existence of a recognized psychiatric illness. This does not seem to be a very sensible requirement. It must be proved, however, in principle on the basis of independent medical reports, that there is a serious mental disease.

The case law of the Dutch Supreme Court may mean that there is no room for awarding compensation under, in particular, Article 7:611 of the DCC if the compensation issue has already been addressed in a termination action. But this restriction applies only where the damage has been caused by circumstances surrounding the termination of employment and not where the damage has been caused by events during the contractual employment term that are unrelated to the termination of employment.

Chapters 4 and 5 – Employer Liability for Workplace Trauma of Public-Sector Employees in Dutch Law

The public sector uses both a fault liability system and a system of compensation for workplace trauma on a no-fault basis. The former system is discussed in Chapter 4, the latter in Chapter 5. Chapter 5 focuses on the legal status regulations under which a public-sector worker may qualify for the continued payment of his full salary rather than only a part thereof, a supplement to his benefit under

the Disability Insurance Act and the compensation of necessary medical expenses in the event of an occupational accident or disease. According to the case law of the Central Appeals Tribunal, the highest public service tribunal in the Netherlands, a psychiatric disease can be considered an occupational disease only where the disease is caused for the most part by working conditions and where it is not due to circumstances that can be imputed to the public-sector employee or to the latter's carelessness and where the working conditions can be characterized as abnormal or excessive. In addressing the question whether this is the case, the Central Appeals Tribunal also considers the question, albeit implicitly, whether the employer has failed to meet his obligations. Only if this is the case, is a causal connection between work and psychiatric disease presumed to exist.

The employee may hold his employer liable for any remaining damage that is not compensated under the legal status regulation, with reference to the standard enshrined in Article 7:658 of the DCC, for the Central Appeals Tribunal has applied this standard since June 2002 in public-sector employment law. As far as the division of the burden of proof is concerned, the Central Appeals Tribunal adopts a different approach, however. In particular, the Central Appeals Tribunal does not apply the rule on the reversal of the burden of proving a causal connection, because Article 4:2 of the General Administrative Law Act provides that the person who seeks a decision – the public-sector employee in other words – has to provide the data and documents that are needed for the decision on his application for compensation and that are reasonably available to him. Due to this provision, the public-sector employee has a stricter duty of providing *prima facie* evidence and a heavier burden of proof with respect to the causal connection between work and injury (in any case as far as injury caused by an occupational disease is concerned) than the private-sector employee. On the other hand, the public-sector worker has an easier position in the liability action if it has been established earlier on the basis of the legal status regulation that there has been an occupational accident or disease. Once this has happened, it cannot be held against a public-sector employee involved in a liability action that there is no causal connection between accident/disease and work.

The Central Appeals Tribunal has put its own interpretation not only on the division of the burden of proof with respect to the *conditio sine qua non* relationship between failure and injury but also on the doctrine of imputation as enshrined in Article 6:98 of the DCC. As it happens, the Central Appeals Tribunal does not draw a sharp distinction between the requirement of the *conditio sine qua non* relationship and the imputation of Article 6:98 of the DCC. As far as the awarding of compensation is concerned, the administrative courts do follow private-sector employment law in that the damage is assessed in the same way. With respect to non-economic damage, the public service courts follow the provisions of Article 6:106 of the DCC.

Public-sector employment law has not utilized the standard of good employer-ship to date, but this will soon be different as a result of a change in the law. Some legal status regulations do apply general standards of fairness on the basis of

SUMMARY

which compensation may be awarded. The Central Appeals Tribunal has indicated, however, that it will adopt a very restrained position when it comes to accepting strict liability for personal injury on fairness grounds. Nor does the Central Appeals Tribunal apply these standards as a basis for fault liability in cases where the standard of Article 7:658 of the DCC cannot be used. The case law of inferior courts, however, includes occasional examples of Article 6:162 of the DCC being used as a ground in such cases. Then, Article 6:162 of the DCC plays a role similar to the one played by Article 7:611 of the DCC in a private sector context. Finally, a public-sector employee can also invoke the standard enshrined in Article 6:170 of the DCC in cases where he has received an injury as a result of a colleague's unlawful conduct.

The public-sector employee's procedural law position differs from that of the employee working in the market sector. Apart from the above-mentioned fact that the administrative courts use a different division of the burden of proof in the context of Article 7:658 of the DCC, the administrative procedure differs from the civil procedure in that in the former procedure, the court will assess whether the decision to disclaim liability is to be upheld and not whether or not liability has been refused on proper grounds. As a consequence, a decision may be annulled on formal grounds, whilst its contents – refusal to accept liability – are upheld. Apart from that, a public-sector employee must first lodge an objection to a decision that is negative for him before being entitled to take his case to court and, as a general rule, he is not entitled to claim any compensation for legal assistance costs. In the relevant literature, there are advocates of the elimination of the differences in the procedural law position between the public-sector employee and the private-sector employee with work-related personal injury, either by amending the law of administrative procedure or by placing the public-sector employee's claim for compensation under private-sector employment law. This plea merits support. As far as the ordinary day-to-day work is concerned, there is not much difference between a public-sector worker and an ordinary employee; at least, this difference is not so great as to justify a different legal treatment. The public-sector employer's duty of care with respect to the prevention of his employee's injury is not essentially different from that of the private-sector employer. The best solution would therefore be to abolish the public service status and make public-sector employees and private-sector employees subject to the same rules. As this solution is not politically feasible for the time being, it would be a good thing if the public service courts followed private-sector employment law to a greater extent than is the case at present, in particular in the area of the allocation of the burden of proof in connection with occupational accidents and diseases.

Chapter 6 – Compensation for Workplace Trauma in Dismissal Proceedings in Dutch Law

An employee who has become mentally ill as a result of work or by his employer's fault may also claim compensation in dismissal proceedings. In private-sec-

tor employment law, the rescission action and the action for the unfair termination of employment are the most important in this respect. Under public-sector employment law, a public-sector employee may claim a compensatory payment in the context of dismissal proceedings or he may do so after a dismissal decision has been annulled by the court.

In the rescission action, an employee may, as a general rule, claim compensation if he has become mentally ill as a result of a labor dispute attributable to his employer or in the latter's sphere of risk or if he has fallen sick as a result of bad working conditions not being a labor dispute. Basically the same conditions apply to the unfair termination of employment action. In this kind of action, a compensatory payment may be awarded to a mentally ill employee because the disease is attributable to the employer's imputable acts/failures in the performance, or because the disease is work-related, irrespective of whether there is any failure on the part of the employer. The administrative procedure, in which the court decides on a public-sector employee's claim for compensation in cases where a dismissal decision or its consequences are upheld, strongly resembles the unfair termination of employment action. In both actions there is judicial review in retrospect and the court takes all circumstances of the case into consideration in determining whether compensation is to be awarded. If the court takes no decision on the awarding of compensation in the administrative dismissal action itself, but if the public-sector employee submits a separate request to this effect after the dismissal decision has been annulled, the decision on this request is assessed against general liability criteria. In that case, the criteria of violation of a standard, damage, the causal connection between these, imputation etc. are applied rather than the criteria of imputability and risk sphere or similar criteria. In this instance, the rules concerning the public-sector employer's fault liability, as set forth in Chapter 4, apply.

Chapter 7 – Employer Liability for Workplace Trauma in English Law

Under English law – as under Dutch law – an employer may be ordered on the basis of liability rules to repair the damage of an employee who has become mentally ill as a result of the employer's violation of his duty of care. The grounds include the extracontractual "employer's duty to take reasonable care with regard to the health and safety of his employees," the contractual "duty of mutual trust and confidence," and statutory obligations aimed at preventing an employee's mental injury to the extent that the non-performance thereof is subject to civil-law sanctions. In all three cases, this concerns fault liability. The employer cannot be held liable under civil law for an employee's mental injury that relates to his dismissal. For that kind of injury, the employee must invoke the law on the termination of employment.

Compensation is awarded only if there is a "recognised psychiatric illness." Lighter forms of mental injury, such as "injury to feelings," give a right to compensation only in the case of discrimination/intimidation. Unlike Dutch liability law,

SUMMARY

English liability law does not reverse the burden of proof if the employee proves that he has fallen ill as a result of his work or that his employer has failed in his duty of care specifically aimed at preventing his injury. Under English law, the burden of proving both the employer's breach of duty and the causal connection between the employer's breach and the injury (and by implication also the causal connection between work and injury) rests on the employee. Under English law, factors on the part of the employee that have contributed toward the contraction of a psychiatric disease are imputed to the employee himself. The division of the liability for the damage sustained then constitutes the point of departure. Where the injury sustained is more serious as a result of the employee's predisposition, the employer is also liable, as a general rule, for these more serious consequences. So far, the English courts have not addressed the difference, if any, between predisposition and circumstances that can be imputed to the victim.

Under English law, an employer may also be held vicariously liable for mental injury that an employee has inflicted on another employee, provided that there is a sufficiently close connection between the first employee's wrongful conduct and his work. In the case of discrimination and intimidation, this connection is assumed more readily than in the case of other types of wrongful conduct, even though the employer may be released from liability by proving that he has taken the steps that may be reasonably required from him to prevent the relevant employee from discriminating/intimidating his colleague.

Under the law governing the termination of employment, a mentally ill employee may be awarded compensation for unfair dismissal if the court holds that the dismissal is unfair. The existence of a psychiatric disease is sufficient for that. If a psychiatric disease is caused by an imputable act on the part of the employer, this may entitle the employee to compensation. This will occur mainly in the context of constructive dismissal, a situation where an employee resigns owing to an imputable act or omission on the part of his employer, and subsequently applies for compensation for unfair dismissal. The existence of mental incapacity for work may enhance the compensatory payment to be awarded, namely if there is a higher loss of income as a result of the incapacity for work than would otherwise have been the case. Under English law, the awarding of compensation for injury to feelings in dismissal proceedings is impossible.

Chapter 8 – Employer Liability for Workplace Trauma in German Law

A German employee who has become mentally ill as a result of his work may claim a benefit under the SGB (Socialgesetzbuch), if his mental illness is the result of an occupational accident or occupational disease within the meaning of the SGB. The SGB uses a compensation system on a no-fault basis. The employee needs only to prove the causal connection between work and illness and not any failure on the part of the employer. The chances that a mentally ill employee can claim a benefit under the SGB are not great. As a rule, a psychiatric disease is not caused by an occupational accident and diseases are only designated as occupa-

tional diseases within the meaning of the SGB if they are on the list of recognized occupational diseases or should be included on this list according to new medical views. There are not yet any purely psychiatric diseases that meet this criterion. The SGB excludes the employer's civil-law liability for occupational accidents and diseases within the meaning of the SGB, except for liability for injury that has been intentionally caused and in respect of specific road accidents. In addition, employees may invoke civil-law liability in the case of diseases not designated as an occupational accident or disease within the meaning of the SGB. This latter category includes psychiatric diseases, such as diseases caused by overburdening employees.

In such cases, mentally ill employees are more likely to be successful if they base their claim on the employer's general Fürsorgepflicht or on their general personality right rather than on the SGB. The courts have decided that employers are under an obligation to prevent and combat bullying and sexual intimidation on the ground of their obligation to respect the employee's personality. It is not yet clear to what extent this applies to other causes of psychiatric diseases, such as overburdening, or the careless implementation of personnel decisions. The general Fürsorgepflicht has been fleshed out in § 618 BGB, which relates to the duty of care for a safe and healthy workplace. The significance of this article is negligible, however, because of the exclusion of the employer's liability in the SGB. Both the violation of the Fürsorgepflicht and the infringement of the employee's personality right and the violation of § 618 BGB are based on the employer's fault liability. In all three cases, the procedural regime is the same, except that the requirements that have to be satisfied in order to qualify for emotional damages are a little different depending on whether a contractual obligation (Fürsorgepflicht of § 618 BGB) or an extracontractual obligation (general personality right) has been violated.

The SGB excludes the employer's vicarious liability for an occupational accident or an occupational disease within the meaning of the SGB. An employer may be held vicariously liable for the consequences of bullying and sexual intimidation and perhaps also for other types of personal injury to which the SGB is not applicable. In cases of bullying and sexual intimidation, employees may rely on the Organisationsverschulden. This concerns a hybrid of fault liability and vicarious liability, according to which employers are liable for their subordinates' conduct unless they can prove that they have taken sufficient measures to prevent this conduct.

In the German law governing the termination of employment, a mentally ill employee may resign and claim severance pay if his illness is the result of his employer's imputable acts or omissions and if these imputable acts or omissions constitute an important ground for the resignation. This possibility does not exist if there are no imputable acts or omissions on the part of the employer, because then there is no important reason. In such cases, the employee can claim rescission and compensation only if prior thereto he has been dismissed by his employer and this dismissal has been annulled by the court. In addition, the exis-

SUMMARY

tence of a disease may be among the factors affecting the level of the severance pay awarded.

Chapter 9 – Employer Liability for Workplace Trauma in the United States

In American law, the most important basis for the compensation of work-related mental injury is to be found in the workers' compensation laws. This concerns compensation on a no-fault basis for a loss of earning capacity and medical costs incurred as a result of an injury or an occupational disease within the meaning of the workers' compensation laws. The American system is not based on a list of recognized occupational diseases. With the exception of a few states – where compensation for a psychiatric disease is excluded – mentally ill employees may claim workers' compensation if they are able to prove that they have become occupationally disabled as a result of their work. The requirements placed on the evidence vary from state to state. In some states, a psychiatric illness entitles employees to compensation only if the disease is the result of a traumatic or shocking event in the workplace ("traumatic event test"). Other states use the requirement of "unusual stress." In some states illness caused by ordinary stress also qualifies for compensation, even though there are sometimes restrictions on the compensation of mental illness as a result of ordinary personnel decisions. In this situation and in cases where the presence of unusual stress is reviewed, the court addresses the question of whether there is a causal connection between work and illness nearly always – sometimes directly and sometimes indirectly – by ascertaining whether the employer has failed in the performance of his obligations. In fact this means that there is no longer any compensation on a no-fault basis, but a disguised type of fault liability.

A pure form of fault liability is to be found in the Federal Employers Liability Act, FELA. This act applies to employees working in the railroad industry. A comparable act applies to employees working in the inland shipping industry. Under the FELA, employers are liable only for an employee's purely mental injury if the employee has also been in jeopardy of physical injury or has sustained a physical injury. Fault liability for work-related mental injury may in certain cases also be based on the "tort of intentional infliction of emotional distress" (IIED). This should concern mental injury intentionally inflicted by an employer. The employer's conduct must have been "extreme and outrageous" and the employee must be under "severe emotional distress." These requirements are applied strictly by the courts. If an employee has become mentally ill as a result of discrimination or intimidation based on race, color, religion, sex, or national origin, he can seek compensation from his employer for the damage he has suffered on the basis of the anti-discrimination legislation, as laid down in Title VII of the Civil Rights Act.

Under this act, the employer not only has fault liability for his own wrongful acts, but also a type of vicarious liability for wrongful acts committed by managerial personnel.

The American law on the termination of employment offers employees hardly any possibilities to seek compensation because they have become mentally ill because of their work. Only if the dismissal as a result of which an employee has fallen sick is contrary to public policy, for example in the area of discrimination or labor union membership, or if the requirements for a claim based on IIED have been satisfied, an employee may occasionally be in a position to invoke a tort. This, however, is limited to exceptional cases.

Chapter 10 – Introduction to Part II

In the second part of this book, attention is focused on the circumstances under which mental injury due to six work-related potential causes qualify for compensation and on whether this involves any specific questions that are not relevant or not relevant in the same way in the context of compensation for physical injury. The six causes are the following:

- experiencing a traumatic event at work;
- the fear of contracting a life-threatening disease;
- overburdening;
- sexual intimidation and intimidation based on race;
- bullying;
- careless personnel decisions.

Chapter 11 – Mental Injury Resulting from Traumatic Events at Work (Nervous Shock)

Various kinds of events at work may cause employees to suffer nervous shock injury. Employees may experience an event where they are in danger of losing their own lives or sustaining an injury themselves or they may become mentally ill as a result of the confrontation with another person's death or injury. A lack of preparation and aftercare may also give rise to mental complaints, or this may result in potential complaints not being nipped in the bud but developing into an actual disease. In all three cases, employers have a certain duty of care in preventing an employee's nervous shock injury. If an employee has become mentally ill because he experienced a situation in which he was in danger of losing his own life or of sustaining injury himself, then it will usually be relatively easy to assume that the employer has violated his duty of care with respect to this employee. In cases of this kind, Dutch law applies the rule that any injury must have been foreseeable, whereas American and English law require that physical injury must have been foreseeable. In general, however, this second requirement will have been satisfied where an employee has been not only in mental but also in physical danger.

It is more difficult to answer the question whether employees should also be entitled to claim compensation for nervous shock injury if the mental injury is caused by a third party's death or injury. In American liability law, to the extent

SUMMARY

this is based on the FELA, this kind of injury qualifies for compensation only if the physical danger zone criterion has also been satisfied. Under English law, the compensation possibilities are somewhat more numerous, but only if certain additional requirements have been satisfied. In Dutch labor law, this matter has not yet crystallized. If general liability law is to be taken as the guiding principle, nervous shock injury as a result of a third party's death or injury qualifies for compensation only if the mentally ill employee has been confronted with the event that has caused the death or injury or with the immediate result thereof. In this book, the conclusion is drawn that this is a reasonable principle, because if not a single restriction is imposed, any employee who claims to have become mentally ill as a result of a specific shocking event may, in principle, qualify for compensation if only he is able to substantiate the presence of a disease to a sufficient extent. The assumption would then be that a standard has been violated vis-à-vis him as well. This would stretch the violation of a standard requirement too far, however, and it would give too much weight to the injury criterion (presence of a disease). In addition, it is reasonable to assume that as a general rule, employees are mentally able to hear the consequences of an accident in which they were not involved themselves. An exception applies to employees who have caused the accident unintentionally, as a result of their employer's action, or who could reasonably believe that this was the case (the "involuntary participants"). It is valid to argue that the same basic principle – namely that, as a general rule, there must have been a confrontation with the accident itself or with the circumstances under which it happened – should be applied if it is necessary to define the circle of persons entitled to the compensation of nervous shock injury in a no-fault compensation system. Admittedly, this means that there is an assessment based on a 'fault' within a no-fault system, because it is hardly possible to define the circle of persons entitled to compensation without involving the standard that has been violated in the process, but that is a fairer method of assessment than a method based on defining the circle of persons in terms of arbitrary criteria, such as the degree to which the event is shocking or the exclusion of specific psychiatric diseases from compensation.

In principle, professional rescuers should be treated in the same way as ordinary employees, which means that they should be able to claim compensation for nervous shock injury, even if they have not been in physical danger themselves, if the injury was foreseeable, if without justification no measures were taken to prevent the injury, if there is in fact injury and if the requirement of the confrontation with the accident or the immediate result thereof has been satisfied. As for professional rescuers, it is mainly the aftercare provided by the employer that will be a relevant factor. The relevant case law, in combination with the state of the art in psychology and psychiatry, justifies the conclusion that an employer is obliged to offer adequate aftercare to employees who have experienced one or more traumatic events at work. There can be differences of opinion about what constitutes adequate aftercare, and it is therefore recommendable for the courts to seek an expert opinion on this issue.

To the extent that employees run a specific risk of sustaining physical or mental injury, such as peacekeeping soldiers or police officials, there may be a ground for making additional provisions in the case of work-related illness, or an employer may be required to take out or offer insurance for them. In this context, the assumption of strict liability is a step too far, because there is no good reason why this should not apply to other specific occupational hazards as well.

Chapter 12 – Mental Injury Resulting from the Fear of Contracting a Serious Disease

Under Dutch liability law, an employee who has become mentally ill as a result of the fear of contracting a serious disease may claim compensation if the customary liability criteria have been satisfied and if his fear is deemed reasonable and realistic. Under American liability law, insofar as this is based on the FELA, liability for injury resulting from fear requires that an employee has also sustained a physical injury, which means that the “physical impact test” has been passed. As far as general liability law is concerned, not all American states set this requirement, but in some states, purely mental injury also qualifies for compensation. In this context, the liability question, in particular in connection with claims for compensation for the fear of AIDS, is answered by means of either the “actual exposure test,” where the victim has to produce evidence for the exposure to hazardous substances/materials, or an approach based on “general reasonableness,” in which case liability is also possible if the exposure itself cannot be proved, but where the victim is able to prove that a specific event, which may have involved exposure, may reasonably have caused injury resulting from fear. In the English legal system, compensation for injury resulting from fear has not attracted much attention to date, which means that the criteria used in this context are not well-defined yet.

In Chapter 12 the conclusion is drawn that the “physical impact test” should not be followed in the Dutch system in view of the arbitrary nature of this test and because this test is based on the wrong assumption that mental injury is less serious than physical injury and that it should therefore qualify for compensation only if the employee has sustained physical injury, too. Even so, the Dutch system should also define the circle of persons entitled to compensation for injury resulting from fear in order to prevent every employee who has been exposed to hazardous substances or materials and who makes it plausible that he is indeed mentally ill from claiming such compensation. This could be done by requiring the presence of a realistic or reasonable fear. In short, this means that the fear should relate to a life-threatening or seriously invalidating disease, that there should be a fair chance of contracting this disease, and that either the exposure to hazardous substances should be proved or, if this is impossible, that an employee has good reasons to fear, based on objective criteria, that he has been exposed to specific substances/materials.

SUMMARY

Even if compensation for injury resulting from fear is claimed within a no-fault system, it should be ascertained whether the fear is realistic or reasonable. This is possible by applying the "unusual stress test," which tests requires the existence of extraordinary circumstances. Such circumstances could be assumed to exist if the employee's psychiatric disease has been caused by an event that has reasonably put a strong fear of a life-threatening or seriously invalidating disease in him.

Chapter 13 – Mental Injury Resulting from Stress at Work

Mental injury resulting from stress at work may qualify for compensation on the basis of the employer's fault liability or for compensation on a no-fault basis if it can be established that there is a causal connection between the work and the mental disease. In the latter case, there is in theory no test into whether the employer has breached his duties, but in practice, there is such a test in situations where a right to compensation requires abnormal working conditions. This approach – the unusual stress test – should be welcomed, as it prevents diseases that are not work-related or not work-related to a significant extent from qualifying for compensation, which could overburden the no-fault system.

To assume the employer's fault liability for an employee's stress-related mental injury, Dutch law does not require that there should also have been physical injury or a risk of physical injury. This is not required under English or German law either. In American law, insofar as it is based on the FELA, the element of physical danger is a prerequisite for compensation for mental injury. Under Dutch law, the usual fault liability criteria apply and special significance is attached to the employer's duty of care as a defining criterion for the assumption of liability. As a general rule, employers are obliged to take measures aimed at preventing mental injury as a result of stress as soon as it is or should be clear to them that there is a risk of the employee falling ill, either because the employee himself indicates so or because this is evident from specific circumstances. The employer may consult the employee, the company doctor, and if required, another expert about the measures to be taken. If the measures to be taken are so burdensome from a commercial or organizational perspective or because of other employees' interests that the employer cannot be required to take them, there is no room for employer's liability. In particular, the former aspect – the burdensome nature of the measures on commercial or organizational grounds – should not be assumed too easily, however. In this respect, the employer's obligation to an employee who threatens to become sick due to stress is similar to the obligation to an employee who has already become sick and tries to reintegrate. If the employee's demotion or dismissal is the only possible measure, this cannot be required from the employer. In this kind of case the employer should advise the employee to look for other work or to accept another position and to offer assistance in this context, if desired and if possible.

Chapter 14 – Mental Injury from Sexual or Racial Harassment

Under Dutch, English, German and American law, employers are obliged to refrain from sexual intimidation and/or intimidation based on race and to protect employees against intimidation based on sex and/or race by colleagues and superiors. In the latter case, the employer's duty of care arises as soon as he is or should be aware that intimidation takes place in his enterprise or that there is a real risk of it. In addition, under all four legal systems, employers have a more general obligation to identify the risks of sexual intimidation and intimidation based on race and take measures in order to prevent such intimidation.

An employer may also be held vicariously liable for the consequences of acts of sexual or racial intimidation committed by one of his employees. Vicarious liability in the form of strict liability seems to offer a less suitable framework for assessing the right to compensation in this context than vicarious liability that also has characteristics of fault liability. The reason for that is the intentional nature of sexual intimidation and intimidation based on race and the fact that these forms of intimidation constitute an impairment of the employee's human dignity and the employer must combat them as such. Strict liability is less suitable for that. The same applies to compensation based on a no-fault system, at least, if such a system has exclusive effect. If an employee may claim compensation for his residual damage on the basis of liability law in addition to compensation on a no-fault basis, then compensation on a no-fault basis does not pose any problems.

A no-fault system should be based on the principle that only illness resulting from serious intimidation qualifies for compensation unconditionally. In the case of minor forms of intimidation, an employee will have to submit further proof of the causal connection between the illness and the intimidation, either by producing additional proof of the intimidation or by asserting or, if necessary, proving a failure on the part of the employer.

As sexual intimidation and intimidation based on race can be considered forms of discrimination, a right to compensation for non-economic damage is assumed rather easily in all four legal systems examined. In principle, it is sufficient that a serious form of intimidation has been established. To assess the level of the compensation for non-economic damage, the English courts have developed guidelines. These or comparable guidelines could be used as a reference in Dutch law as well.

Chapter 15 – Mental Injury Resulting from Workplace Bullying

In German liability law, and as it seems, in Dutch law as well, bullying is considered a form of intimidation comparable to sexual intimidation and intimidation based on race. Employers are therefore obliged to prevent bullying as such and not only potential health damage resulting from it. This is different in English liability law. Under English law, employers must take measures only if it is foreseeable that an employee will fall sick as a result of bullying. In American law bul-

SUMMARY

lying will not result in liability easily. Only in cases of "outrageous" behaviour can the employer be held liable for the consequences thereof, but these cases are rare.

In Dutch and German law, and to certain degree, in English law as well, the employer's obligation to prevent bullying and sickness resulting from it comprises a general obligation to take preventive measures against bullying as well as an obligation to protect a specific employee against bullying in a concrete case. If the bullying is not done by the employer himself but by superiors and/or colleagues, then this concrete obligation arises as soon as the employer knows or should know that a specific employee is bullied or that there is a real risk of it. Bullying by the employer himself is nearly always a wrongful act.

Under German and Dutch law, an employer may be held vicariously liable for the bullying of an employee as well. In English law, this is also possible in theory, but there are not yet any decisions accepting vicarious liability for bullying. In Dutch law, vicarious liability is a form of strict liability, whereas German law is based on Organisationsverschulden, a hybrid of strict liability and fault liability. This kind of vicarious liability is well in keeping with the intentional nature of bullying. However, a broad form of fault liability, which also covers employees' conduct, may offer the same protection, as is the case in Dutch law.

Since in German law bullying is considered to be an infringement of an employee's fundamental rights, sanctions are imposed on the basis of liability law and not through the group accident insurance scheme as laid down in the SGB. Under Dutch public-sector employment law, there exists a possibility of compensation for the consequences of bullying on a no-fault basis, but this compensation is not an exclusive remedy. In addition, a public-sector employee may claim compensation for his residual damage based on liability law. In American law, bullying may entitle an employee to claim "workers' compensation" if it is established that an employee has become mentally ill as a result of the work-related bullying. In that case, workers' compensation is, in principle, the exclusive remedy. This seems a less fortunate approach, as it fails to appreciate that bullying, being an infringement of employees' fundamental rights, cannot be considered a risk inherent to working and moreover, in such an approach, employers are not encouraged to take measures against bullying.

Under German law, bullying may give entitlement to non-economic damages, even if it did not result in mental injury. In Dutch law, this is probably the same, but the situation is not yet totally clear on this issue. Under English law, there is a right to non-economic damages only if there is a "recognized psychiatric injury." The guidelines that the English Court of Appeal has developed in respect of non-economic damages for discrimination/intimidation, as discussed in Chapter 14, seem to be suitable in the case of bullying as well.

Chapter 16 – Mental Injury Resulting from Staff Decisions

Under Dutch and German law, an employer can be held liable for mental injury as a result of a negligent personnel decision. This does not require the mental injury as such to be foreseeable. The mere fact that behaviour was contrary to the standard of good employership or the employer's Fürsorgepflicht, may mean that an employee is entitled to compensation. Under English liability law, mental injury as a result of negligent personnel decisions may also qualify for compensation, insofar as these are considered a violation of the "duty of mutual trust and confidence" in a concrete case. The mere fact that behaviour is contrary to the standard of good employership or the employer's Fürsorgepflicht, respectively, may entitle an employee to compensation. Unlike German and Dutch law, English law then requires that the employer could have foreseen the mental injury. As a general rule, American law does not permit an employer to be held liable for mental injury resulting from negligent personnel decisions. Where appropriate, there is, however, a right to workers' compensation.

The doctrine of the imputation of damage is relevant in the case of mental injury resulting from personnel decisions as in this context, damage is not usually expected to arise. A decisive factor for the imputation of the mental injury should be whether the standard violated was aimed at preventing the injury. The main elements in this context are the nature and seriousness of the violation of the standard.

In Dutch civil law and German law, a negligent personnel decision may entitle an employee to non-economic damages even if the decision has not resulted in mental injury. In English law, this is possible only in the context of the termination of employment. The Dutch public service courts require either that a person's reputation is injured or that there is a psychiatric disorder. In this book, this is considered too strict an approach, because even if there is no psychiatric disorder, an employee's non-economic interests may be impaired to such a degree (for example, the interest in not being wrongfully accused of a crime) that there should be a right to non-economic damages. The nature and seriousness of the violation of the standard should therefore be taken into account in assessing whether there is a right to non-economic damages.

In the case of liability for personnel decisions, vicarious liability is not an option, as the liability always concerns the employer's own decisions and acts. Compensation on a no-fault basis is problematic, because if the question whether the employer has exercised care is not reviewed, even a carefully taken and justified personnel decision may give entitlement to compensation if an employee becomes sick as a result of this decision. Consequently, the thresholds for claiming compensation will be so low that the system threatens to be stretched to an undesired extent. Moreover, if an employer is also obliged to pay compensation for damage in the form of illness resulting from a carefully taken personnel decision, this may cause this employer to avoid or postpone a decision like that, even if it is desirable from a commercial perspective. In answering the question whether

SUMMARY

illness resulting from a personnel decision entitles an employee to compensation, the court should always ascertain whether the decision was lawful or wrongful. This means that the law on the termination of employment should not recognize entitlement to compensation for an employee who has become mentally ill due to a personnel decision if the employer who took the decision cannot be blamed for it.

Chapter 17 – Conclusions

The book ends with a chapter in which the main conclusions from the preceding chapters are summed up. As for compensation for mental injury on a no-fault basis, it is concluded that a pure no-fault approach, where it is only examined whether an employee has actually become mentally ill and whether there is a connection with an event at work (the objective causation test), does not suffice, because this type of test is so mild that it will result in a substantial increase in the number of claims for compensation and, finally, in the erosion of the no-fault system as well. The approach where the existence of special circumstances (the unusual stress test) is required as a prerequisite for a right to compensation is more suitable, because it offers a firmer basis for making a distinction between work-related and non-work-related illnesses. It is true that this test normally results in examining whether there has been any breach of duty by the employer, but this should be accepted for lack of a better solution. Of course, it is also possible to determine that psychiatric diseases do not give entitlement to any compensation on a no-fault basis. In this kind of approach, however, psychiatric diseases are treated differently as matter of principle from physical diseases, which I do not consider right. In addition, attempts will be made in that case to find ways of obtaining compensation outside the no-fault system, which will increase pressure on regular liability law.

As for compensation for mental injury based on fault liability, the conclusion is drawn that the system under which mental injury qualifies for compensation only if there has been physical injury or a risk of physical injury does not deserve any support, because it is based on the incorrect assumption that mental injury is less serious than physical injury and that both types of injury can be sharply distinguished from each other. The customary liability criteria – breach of duty, relativity, causal relationship, damage, imputation of damage – offer sufficient possibilities for making a distinction between situations where the employer's fault liability for an employee's mental injury should be assumed and situations where it should not be assumed.

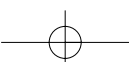
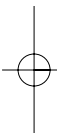
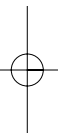
Liability for mental injury can also be based on the employer's vicarious liability for his employees' behaviour in cases where an employee inflicts injury on another employee. This may be relevant, for example, in the context of bullying and/or intimidation based on sex or race. In this context, two approaches are the most suitable. Under the first system, an employer is held liable for his employees' wrongful conduct, unless he proves that he has taken the measures aimed at

preventing such conduct that could reasonably be required from him. Under the second second system, vicarious liability for conduct such as bullying and intimidation based on sex and/or race is not readily assumed, but there is a broad form of fault liability, which also includes an employer's obligation to take measures aimed at preventing and combating intimidation and bullying by employees. In both systems, employers are encouraged to take measures aimed at preventing an employee becoming sick through another employee's fault on the one hand, but, on the other hand, their liability is not stretched to such an extent that it also includes employees' conduct that is hardly work-related, but relates mainly to personal actions on the part of the employee causing the injury.

In the Dutch law on the termination of employment, and, to a certain degree, in German and English law as well, an employee who has become mentally ill as a result of his work or the dismissal may claim compensation in dismissal proceedings. The conclusion is drawn that this is to be welcomed if it is properly established in the dismissal proceedings that the employer can be blamed for the contraction or continuation of the mental disease. If this is not the case, but it can be established only that there is a causal connection between the work and the mental illness, the courts should exercise restraint in awarding severance pay for mental illness.

The law should not deny an employee who has become mentally ill as a result of a dismissal and/or the manner in which employment has been terminated the right to claim compensation, and nor should it confer a weaker claim on this employee than an employee who has become mentally ill due to events at work. This situation may occur in Dutch law based on the case law of the Dutch Supreme Court (the "Baijings doctrine") and it may also happen in English law. It would be preferable to relate the amount of severance pay as much as possible to the injury actually sustained. The dismissal action should also contain procedural safeguards comparable to those used in an ordinary action based on liability law. If this is not the case, the possibilities of claiming compensation in an action other than dismissal proceedings should be restricted as little as possible.

At the end of the book, the general conclusion is drawn that there are no reasons, in principle, for attaching additional conditions to compensation for mental injury, which are not imposed in connection with physical injury in the same way or at all. Specific liability requirements – in particular the requirement that the employer should have failed in the performance of a duty of care aimed at preventing injury and the requirement of the presence of a mental illness – should be observed strictly, however. In this manner, it is possible to ensure on the one hand that protection can be offered against mentally unhealthy working conditions and on the other hand, that not every kind of mental discomfort entitles employees to claim compensation.



Geraadpleegde juridische literatuur

A

- Achampong, F., "Employer Liability for Hostile Environment Sexual Harassment by a Supervisor: A Critical Assessment of the Supreme Court's New Vicarious Liability Standard", 28 *Southwestern University Law Review* 45, 1998.
- Akkermans, A.J., "Oorzakelijk verband" in *Onrechtmatige daad, BW-krant, Jaarboek 1996*, p. 41-43.
- Akkermans, A.J., *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer, 1997.
- Akkermans, A.J., "Proportionele aansprakelijkheid bij longkanker door asbest en/of roken", *Verkeersrecht* 1999, p. 193-197.
- Akkermans, A.J., *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie VU Amsterdam), Den Haag 2002.
- Akkermans, A.J., "Causaliteit bij letselschade en medische expertise", *TVP* 2003, p. 93-104.
- Asscher-Vonk, I.P., "Gelijke behandeling, richtlijnen, de bomen, het bos", *SMA* 2001, p. 191-195.
- Asser-Hartkamp 4-III, *Verbintenissenrecht, deel III, De Verbintenis uit de wet*, Deventer 2002.
- Asser, W.D.H., "De bewijslastverdeling in verband met art. 7:658 lid 2 BW" in C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer, 2003, p. 61-75.
- Austin, R., "Employer Abuse, Worker Resistance, and the Tort of Intentional Infliction of Emotional Distress", 41 *Stanford Law Review* 1, 1998.

B

- Baird, E.C., "No Pain, No Gain: The Third Circuit's 'Sufficient Indicia of Genuineness' Approach to Claims of Negligent Infliction of Emotional Distress under the Federal Employers' Liability Act", *Washington University Law Quarterly* 1993, p. 1255-1268.
- Bar, Chr. von, "Schmerzensgeld und gesellschaftliche Stellung des Opfers bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechtes", *NJW* 1980, p. 1725.
- Barentsen, B., *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie* (diss. Leiden), 2003.
- Barrett, B., "Health and Safety and the Contract of Employment", *Industrial Law Journal* 1991, p. 137-139.
- Barrett, B., "Work-induced Stress", *Industrial Law Journal* 1995, p. 343-352.
- Barrett, B., "Clarification of Employers' Liability for Work-related stress", *Industrial Law Journal* 2002, p. 293-294.

GERAADPLEEGDE JURIDISCHE LITERATUUR

- Beltzer, R.M. e.a., *Ontslagvergoedingen, regelingen, opvattingen en praktijk*, Sinzheimer cahiers 13, Amsterdam, 1998.
- Bier, L., *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten* (diss. Utrecht), Deventer, 1988.
- Bier, L., "Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten" in *Handboek personenschade*, 1998, p. 2020-1 - 2020-41.
- Bier, L., "De kunst van het zoeken. Hoe te voldoen aan de stelplicht bij de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten", *Verkeersrecht* 2001, p. 133-139.
- Bier, L., "Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten" in *Handboek personenschade* 2002, p. 2020-83 - 2020-93.
- Bier, L., "De schade van de ambtenaar", *Verkeersrecht* 2002, p. 377-379.
- Bodewes, K.W.M., "De Baijings-evolutie", *ArbeidsRecht* 2004, p. 14-20.
- Bolt, A.T. en Spier, J., *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Preadvis Nederlandse Juristen Vereniging, Zwolle, 1996.
- Bouchi, A. en Jonge, M. de, en Nolen, M., "Stress en eigen schuld", *Ars Aequi* 2002, p. 867.
- Bouma, H.Th., "Psychische schade, smartegeld en verplichting tot schadebeperking", *Verkeersrecht* 1995, p. 207-210.
- Brodie, D., "The Heart of the Matter: Mutual Trust and Confidence", *Industrial Law Journal* 1996, p. 121-136.
- Brodie, D., "Beyond Exchange: The New Contract of Employment" in *Industrial Law Journal* 1998, p. 79-102.
- Brodie, D., "Fair Dealing and the Disciplinary Process", *Industrial Law Journal* 2002, p. 294-297.
- Broeke, P.G.M. ten, "Seksuele intimidatie: een overzicht van recente rechtspraak", *ArbeidsRecht* 1996, p. 3-5.
- Buckner, A.C., "Consolidated Rail Corp. v. Gottshall: 'Closing the Door' on FELA Claims for Negligent Infliction of Emotional Distress by Limiting Recovery to the 'Zone of Danger'", 31 *Tulsa Law Journal* 161, 1995.
- Buijs, D.J., "Het spook van partieel hoger beroep tegen ontbindingsbeschikkingen", *Sociaal Recht* 1996, p. 155-156.
- Buijs, D.J., "Ontslagvergoedingen: de stand van zaken", *Sociaal Recht* 2003, p. 258-270.
- Buijs, D.J., "Ontbinding arbeidsovereenkomst: toch niet het laatste woord", *Sociaal Recht* 2004, p. 21-24.
- Buijsen, M.A.J.M., "Samenloop van shock- en affectieschade", *Sociaal Recht* 2002, p. 127-128.
- Bunjes, H.J., "Shockschade – een experiment", *Verkeersrecht* 1999, p. 10-12.
- Butler, D.A., *Employer Liability for Workplace Trauma*, Aldershot, Hants, England, 2002.
- Byeff Korn, J., "The fungible woman and other myths of sexual harassment", 67 *Tulane Law Review*, p. 1363-1419.

C

- Castermans, A.G., "De bijzondere arbeidsovereenkomst", in *De landsadvocaat, voor deze, opstellen voor J.L. de Wijkerslooth*, Den Haag 1999, p. 43-52.
- Castermans, A.G., "Harmonisatie van de aansprakelijkheid van de civiele- en de overheidswerkgever jegens de werknemer" in C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer, 2003, p. 113-126.
- Christe, D., *Arbeidsovereenkomst (losbladig)*, aant. 1 en 3 bij artikel 7:658 BW, aantekeningen 1 en 3, Deventer, 1999.
- Cook, T.S., "Workers' Compensation and Stress Claims: Remedial Intent and Restrictive Application", 62 *Notre Dame Law Review*, 879, 1987.
- Coolen, G.L., "Posttraumatische stressstoornis van uitgezonden militair; Annotatie bij CRvB 9 oktober 2003, TAR 2004, 9", *TAR* 2004, p. 187-189.
- Corbett, W.R., "Faragher, Ellerth and the Federal Law of Vicarious Liability for Sexual Harassment by Supervisors: Something Lost, Something Gained, and Something to Guard Against", 7 *William & Mary Bill of Rights Journal* 801, 1999.
- E. Cremers, "Kroniek Wgb en Awgb", *Nemesis* 2003, p. 89-97.

D

- Dam, C.C. van, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, 2000.
- Däubler, W., *Das Arbeitsrecht* 2, Hamburg, 1998.
- Däubler, W., "Das Gesetz zur Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte", *NJW* 1999, p. 601-608.
- Dawes, G.W., "Eligibility for Workers' Compensation in Cases of Nontraumatic Mental Injury: The Development of the Unusual Stress Test in Wisconsin", *Wisconsin Law Review*, 1987, 363.
- Deakin, S. en Morris, G.S., *Labour Law*, Londen, 1998.
- Deakin, S., " 'Enterprise-Risk': The Juridical Nature of the Firm Revisited", *Industrial Law Journal*, p. 97-113.
- Delnooz, C.M.B., "Klachtenregeling seksuele intimidatie: einde verhaal?" *TAR* 1996, p. 51-61.
- Deutsch, E., "Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung", *ZRP* 2001, p. 351-354.
- Dieterich, T., Hanau, P. en Schaub, G., *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, München, 1998 en 2001.
- Dijk, Chr.H. van, "Psychische schade, HR 30 januari 1998, RvdW 1998, 34 C", *TVP* 1998, p. 18-19.
- Dijk, Chr.H. van, "Werkgeversaansprakelijkheid, een stand van zaken, *TVP* 2002, p. 4-13.
- Disselkoe, V., "De zieke werknemer: reïntegratie vanuit de civielrechtelijke invalshoek", *ArbeidsRecht* 2003, p. 30-37.
- Dolding, L. en Mullender, R., "Law, Labour and Mental Harm", *The Modern Law Review* 1996, p. 296-305.

GERAADPLEEGDE JURIDISCHE LITERATUUR

- Domenick, D., "Title VII: How Recent Developments in the Law of Sexual Harassment Apply with Equal Force to Claims of Racial Harassment", 103 *Dickinson Law Review* 765, 1999.
- Duckworth, M.E. en Eick, T.M., "Recent Developments in Mental/Mental Cases under the Iowa Workers' Compensation Law", *Drake Law Review* 1997, p. 809-838.
- Duffy, D.P., "Intentional Infliction of Emotional Distress and Employment at Will: The Case against 'Tortification' of Labor and Employment Law", 74 *Boston University Law Review* 387, 1994
- Dunné, J.M. van, "Psychisch letsel als vorm van schade" in *Bijzonder letsel. Inleidingen gehouden op het symposium van de vereniging van Letselschade Advocaten*, Lelystad, 1995, p. 51-67.

E

- Eadie, E., "Metro-North Commuter Railroad Company v. Michael Buckley", *Ohio Northern University Law Review* 1998, p. 609-618.
- Ehrenreich, R., "Dignity and Discrimination: Toward a Pluralistic Understanding of Workplace Harassment", 88 *Georgetown Law Journal* 1, 1999.
- Ettekenoven, B. J. van, en Schueler, B., "De Centrale Raad van Beroep en de aansluiting bij het civiele aansprakelijkheidsrecht" in *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag, 2003, p. 165-170.

F

- Färber, C., Resch, M., en Werner, H., "...noch nicht zu spät... Psychosoziale Belastungen in Arbeitsleben am Beispiel Mobbing", Hamburg. 1993.
- Festen-Hoff, K., "Financiële tegemoetkomingen voor rijksambtenaren bij dienstongeval of beroepsziekte", *SMA* 1999, p. 198-206.
- Festen-Hoff, K., "De CRvB en bedrijfsongevallen en beroepsziekten, ontwikkelingen sinds 22 juni 2000", *SMA* 2003, p. 526-541.
- Festen-Hoff, K., "Rechtspositionele vergoedingen en volledige schadevergoeding bij dienstongeval of beroepsziekte", *TAR* 2004, p. 569-585.
- Fluit, P.S., "De verruiming van de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten, deel I en II", *Sociaal Recht* 2000, p. 41-45 en p. 73-79.
- Frenk, N., "Nieuwe regeling van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten", *A&V* 1996, p. 80-82.
- Friedman, G.S. en Whitman, J.Q., "The European Transformation of Harassment Law: Discrimination versus Dignity", *Columbia Journal of European Law*, Spring 2003, p. 241-274.

G

- Gall, M., "Gardner v. Van Buren Public Schools: Compensating Mental Disabilities under Workers' Compensation", *The Detroit College of Law Review*, 1995, 223.

- Geers, A.J.C.M., *Recht en humanisering van de arbeid*, (diss. Maastricht), Deventer, 1988.
- Geers, A., "Werkgeversaansprakelijkheid voor psychische schade" in *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, red. M. Faure en T. Hartlief, Den Haag, 2001, p. 19-30.
- Geers, A., "Pesten", *OR-Informatie*, 17 juli 2002, p. 8.
- Geers, A.J.C.M., "Naar een nieuwe intimidatiewet", *Sociaal Recht* 2003, p. 35-36.
- Geers, A.J.C.M., "Intimidatie op de werkplek" in *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, red. G. van Maanen, Den Haag 2003, p. 183-198.
- Geers, A., "Kanttekeningen bij het preadvies van W. Rauws", in *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag, 2003, p. 183-184.
- Giesen, I., *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag, 2001.
- Giesen, I., "Werkgeversaansprakelijkheid, blootstelling aan asbest en bewijslastverdeling op basis van de strekking van de materiële norm, noot bij HR 26 januari 2001, RvdW 2001, 41", *NTBR* 2001, p. 242-247.
- Goldschmidt, J., "De hete adem van Europa. Implementatie van gelijke behandelingsrecht in Nederland", *NJB* 2001, p. 983-990.
- Grapperhaus, F.B.J., "Burn-out van werknemers en werkgeversaansprakelijkheid", *Ondernemingsrecht* 2002, p. 477-479.
- Groen, J.J., *Rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst* (diss. Nijmegen), Arnhem, 1989.
- Grunewald, B., "Mobbing – arbeitsrechtliche Aspekte eines neuen Phänomens", *NZA* 1993, p. 1071-1073.

H

- Haller, R. en Koch, U., "Mobbing-Rechtsschutz im Krieg am Arbeitsplatz", *NZA* 1995, p. 356-360.
- Handford, P., "Psychiatric injury in the workplace", 7 no. 2 *Tort Law Review* 1999, p. 126-164.
- Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., "De aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en -ziekten – recente ontwikkelingen met betrekking tot tewerkstelling en bewijslast", *Sociaal Recht* 1990, p. 282-288.
- Hartlief, T. en Maanen, G. van, "Causaal verband en persoonlijkheidsstructuur", *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1990, nr. 1.
- Hartlief, T., "Causaliteit. Over de grenzen van de toerekening bij letselschade" in L.G. Eykman e.a. (red.), *Bijzonder letsel. Inleidingen gehouden op het symposium van de vereniging van Letselschade Advocaten*, Lelystad, 1995, p. 27-49.
- Hartlief, T., "Van art. 7A:1638x naar art. 7:658 BW, Beantwoordt de regeling van de aansprakelijkheid van de werkgever nog aan de noden van deze tijd?", *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, red. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, A.A. van Rossum, H.L.E. Verhagen, Deventer, 1997, p. 495-509.

GERAADPLEEGDE JURIDISCHE LITERATUUR

- Hartlief, T., "The tortfeasor takes the victim as he finds him. Of mag hij toch de normaal robuuste en fitte mens ten voorbeeld stellen?", *TVP* 2000, p. 29-30.
- Hartlief, T., "Het wetsvoorstel bestuurlijke voorprocedures; over een overheid die slecht tegen haar verlies kan en zelf (wel) op de kleintjes let", *NJB* 2000, p. 921-927.
- Hartlief, T., "De aansprakelijkheid van de werkgever voor verkeersongevallen", *AV&S* 2001, p. 37-42.
- Hartlief, T., "Stress en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW", *WPNR* 2001, p. 1067-1068.
- Hartlief, T., "Werkgeversaansprakelijkheid: het bereik en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW", *RM Themis* 2002, p. 67-83.
- Hartlief, T., "Causaliteitonzekerheid. Opkomst en ondergang van de 'omkeringsregel'?", *Ars Aequi* 2003, p. 298-306.
- Hartlief, T., "Kronieken van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 2002-2003", *NTBR* 2003, p. 572-591.
- Harvard Law Review*, "The Supreme Court, 2002 Term, Leading Cases, Federal Statutes and Regulations", November 2003, p. 420-430.
- Heerma van Voss, G.J.J., "Van onmondige arbeider tot calculerende burger" in *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, Deventer, 1996, p. 141-154.
- Heerma van Voss, G.J.J., *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, Deventer, 1999.
- Heijden, P.F. van der, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, aant. 1 bij artikel 7:611 BW, Deventer, 1999.
- Heijden, P.F. van, "Een nieuw en beter ontslagrecht", *SMA* 2001, p. 87-92.
- Heijden, P.F. van der, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, aant. 4 bij Boek 7, titel 10, algemene opmerkingen, Deventer, 2004.
- Hekster, T.A., "Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten: Het functioneel verband", *NbBW* 2001, p. 64-67.
- Hendy, J. en Ford, M., *Munkman on Employer's Liability*, Londen, 1995.
- Hepple, B.A., *Employment Law*, Londen, 1981.
- Hepple, B.A. en Morris, G.S., "The Employment Act 2002 and the Crisis of Individual Employment Rights", *Industrial Law Journal* 2002, p. 245-269.
- Heutger, V., "Hervorming van het schadevergoedingsrecht in Duitsland", *AV&S* 2002, p. 19-21.
- Hoekzema, J.W., *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad* (diss. Groningen), 2000.
- Hoekzema, J.W., "De plaats van de 'omkeringsregel' in het bewijsrecht", *NTBR* 2003, p. 232-241.
- Hollander, H.J. den, "Affectie, shock en geld", *TVP* 2002, p. 33-42 met een naschrift van A.J. Van, "Het Kindertaxi-arrest: de visie van de belangenbehartiger", p. 43-44.
- Holtmaat, R., *Seksuele intimidatie op de werkplek*, Nijmegen, 1999.
- Holtmaat, R., "(Seksuele) Intimidatie en (on)gelijke behandeling: nieuwe normen, nieuwe praktijken?" in *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2003, red. D.J.B. de Wolff, p. 89-106.

- Holtmaat, R., "Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling", *NJB* 2003, p. 1266-1276.
- Holzbecher, Braszeit, Müller, Plogstedt, *Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz*, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Schriftenreihe Band 141, München, 1991.
- Holtzer, M., "Situatieve arbeidsongeschiktheid: waar houdt het op?", *Arbeids-Recht* 1998, p. 3-8.
- Holzhauer, R.W., "Psychische schade in het aansprakelijkheidsrecht", *RM Themis* 1986, p. 4-29.
- Hoyningen-Huene, G. von, "Belästigungen und Beleidigungen von Arbeitnehmern durch Vorgesetzte", *Betriebs-Berater* 1991, p. 2215-2221.
- Hümmerich, K., "Die arbeitsgerichtliche Abfindung", *NZA* 1999, p. 342-357.

J

- Jacobs, A.T.J.M., *Inleiding tot het Duitse arbeidsrecht*, Arnhem, 1993.
- Jansen, C.J.H., "Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade van de werknemer", in *Yin-Yang (Van Mourik-bundel)*, Deventer, 2000, p. 101-108.
- Jongens, C., "Noot bij CRvB 25 oktober 2001, nr. 99/4332 AW", *TVP* 2002, p. 93-95.

K

- Keirse, A.L.M., *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade.* (diss. Groningen), Deventer, 2003.
- Kern, J.H., "Schmerzensgeld im Arbeitsrecht – Was kostet eind 'Tritt ins Gesä'?", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2000, p. 124-128.
- Klaassen, C.J.M., "Een nieuw arbeidsongevallenrecht?", *Sociaal Recht* 1997, p. 280-284.
- Klaassen, C.J.M., *Schadeveroorzakend handelen in functie... diverse wegen leiden naar de werkgever* (oratie Nijmegen), Deventer, 2002, p. 38-85.
- Koenraad, L.M., "Een amendement tegen beter weten in", *NJB* 2002, p. 260-263.
- Koetser, M.B., *Overheid en schadevergoeding*, Den Haag 2003.
- Kort, M., "Inhalt und Grenzen der arbeitsrechtlichen Personenfürsorgepflicht", *NZA* 1996, p. 854-858.
- Korteweg-Wiers, M.J.S., Dijk, M., Schrijvers, P.M.B., Vriens, J.P.A.F., *Hoofdlijnen van het ambtenarenrecht*, Alphen aan den Rijn, 1998, p. 314-319.
- Kottenhagen, R.J.P., "Shockschade: een rechtsgebied in beweging", *NBTR* 1995, p. 119-127.
- Kottenhagen, R.J.P. en Kottenhagen-Edzes, P.A., "Enkele nieuwe schadesoorten, ontstaan ten gevolge van milieu-aantasting" in *Miscellanea jurisconsulto vero dedicata* (red. J. ten Kate e.a.), *Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. van Dunné*, 1997, p. 229-253.

GERAADPLEEGDE JURIDISCHE LITERATUUR

- Kottenhagen, R.J.P., "Vergoeding van immateriële schade; een rechtsgebied in een stroomversnelling?", *NTBR* 1998, p. 137-142.
- Kottenhagen, R.J.P., "Recente rechtspraak inzake shockschade: een doorbraak?", *Letsel & Schade* 2000, p. 4-10.
- Kötz, H., *Deliktsrecht*, überarb. Aufl.-Neuwied [u.a.]: Luchterhand, 1998.
- Kroeks, C.M.H., "Bewijsrecht in ontbindingsprocedures", *ArbeidsRecht* 2000, p. 4-6.
- Küppersbusch, G., *Ersatzansprüche bei Personenschaden*, München, 1996.

L

- Laat, J.J.M. de, "De cirkel is weer rond", *Sociaal Recht* 1998, p. 14-20.
- Laat, J.J.M. de, "Geen plaats voor red. en bill." in *ArbeidsRecht* 1999, p. 36-40.
- Laat, J.J.M. de, "De nog verdere verfijning van de Baijingsleer (op weg naar een moeras van scholastieke onderscheidingen en subtiliteiten?)", *Sociaal Recht* 2002, p. 163-167.
- Laat, J.J.M. de, "Baijings VI: de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en de daarna(ast) ingestelde vordering", *Sociaal Recht* 2003, p. 88-90.
- Lamanna, A., "Recent decision – Metro North/Buckley", *36 Duquesne University Law Review* 993, 1998.
- Lamaster, T.K., "Developments in Maryland Law, 1992-93: Workers' Compensation: "Mental-Mental" Claims under the Maryland Workers' Compensation Act", *53 Maryland Law Review* 1029, 1994.
- Lamp, K., "Mental Stress Claims in North Dakota: Evaluating the Compensability of Mental Stress Claims under North Dakota Workers' Compensation Law", *69 North Dakota Law Review* 369, 1993.
- Larson, L.K. en Larson, A., *Workers' Compensation Law: Cases, Materials and Text*, 3rd ed., New York, 2000.
- Linde, G., "Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz", *Betriebs-Berater* 1999, p. 2412-2417.
- Lindenbergh, S.D., "Schrik, onrechtmatigheid en schade", *RM Themis* 1997, p. 178-193.
- Lindenbergh, S.D., "Eén miljoen smartengeld wegens geestelijk letsel", *NJB* 1998, p. 351-356.
- Lindenbergh, S.D., *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer, 1998.
- Lindenbergh, S.D., *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer, 2000.
- Lindenbergh, S.D., "Aansprakelijkheid werkgever, onmiddellijke werking art. 7:658 BW, stelplicht en bewijslast", *A&V* 2000, p. 50-53.
- Lindenbergh, S.D., "Overheidsaansprakelijkheid; zorgplicht overheidswerkgever; arbeidsongeval", *A&V* 2000, p. 118-121.
- Lindenbergh, S.D., "Schade door geestelijk letsel als gevolg van een schokkende gebeurtenis", *AV&S* 2002, p. 63-73.
- Lindenbergh, S.D., "Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade", *AV&S* 2003, p. 14-25.
- Loonstra, C.J. en Zondag, W.A., "Ontslagvergoedingsrecht: stand van zaken en perspectief", *NJB* 2000, p. 1267-1277.

- Loonstra, C.J., "Uitdijende werkgeversaansprakelijkheid", *Sociaal Recht* 2002, p. 309-310.
- Loonstra, C.J., "De Hoge Raad en de problematiek van de samenloop in het licht van artikel 7:611 BW (het goed werkgeverschap)", *ArA* 2002, p. 4-31.
- Loonstra, C.J. en Zondag, W.A., *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag, 2004, p. 253-254.
- Loparco, J., "Marchica v. Long Island Railroad: 'AIDS-Phobia Recovery Under the Federal Employers' Liability Act'", 15 *Pace Law Review* 575, 1995.
- Luckey, A., "Suspension und Schmerzensgeldanspruch des Arbeitnehmers", *NZA* 1992, p. 873-876.
- Luttmer-Kat, A.M., "De rechtsgrond van (forfaitaire) ontslagvergoedingen", *SMA* 1999, p. 435-441.
- Luttmer-Kat, A.M. *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, aant. 4 bij artikel 7:681 BW, Deventer, 2002.

M

- Maanen, G.E. van, "De rechtspositie van de ambtenaar bij arbeidsongevallen en beroepsziekten" in *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, red. M. Faure en T. Hartlief, Den Haag 2001, p. 31-45.
- Maanen, G.E. van, "Het shockschade-arrest van 22 februari 2002", *NJB* 2002, p. 1102-1107.
- Manji, K., "Occupational stress", *New Law Journal* 1996, p. 330-331.
- Manji, K., "Occupational stress, Karim Manji updates the case", *New Law Journal* 1996, p. 1516.
- Manknell, D., "Discrimination on Grounds of Sexual Orientation, Harassment, and Liability for Third Parties", *Industrial Law Journal* 2003, p. 297-309.
- Markesinis, B.S. en Deakin, S.F., *Tort Law*, Oxford, 1999.
- Martin, J.R., "A Proposal to reform the North Carolina Workers' Compensation Act to address Mental-mental Claims", 32 *Wake Forest Law Review* 193, 1997.
- Matsumoto, A.V., "Reforming the Reform: Mental Stress Claims under California's Workers' Compensation System", 27 *Loyola of Los Angeles Law Review* 1327, 1994.
- McColgan, A., "Sexual Harassment, Sex Discrimination and Unfair Dismissal", *Industrial Law Journal* 1995, p. 181-186.
- McKenna, B., "Stress injuries at work", *New Law Journal* 1994, p. 1652-1655.
- Mullany, N.J. en Handford, P.R., *Tort Liability for psychiatric damage*, Londen, 1993.

N

- Napier, M. and Wheat, K., *Recovering Damages for Psychiatric Injury*, Londen, 1995.
- Nester, K., "Norfolk & Western Railway Company v. Ayers: Asbestosis-Inflicted Plaintiffs and Fear of Cancer Claims", *Saint Louis University Public Law Review* 2004, p. 367-397.

GERAADPLEEGDE JURIDISCHE LITERATUUR

- Nichols, C.B., "Work-related mental injuries: Minnesota's Compensability Standards", 22 *Hamline Law Review* 259, 1998.
- Nieper, F. en Boom, W.H. van, "Overzicht van het Duitse aansprakelijkheidsrecht voor de jaren 1995 en 1996", *A&V* 1998, p. 29-34.
- Nieuwenhuis, J.H., "Een neurotische behoefte aan schadevergoeding", *Ars Aequi* 1985, p. 417-421.
- Nisbet, M.K., "Workers' Compensation and Teacher Stress", 28 *Journal of Law & Education* 531, 1999.
- Nolan, D., "Recovering Damages for Psychiatric Injury at Work" (Walker v Northumberland County Council), *Industrial Law Journal* 1995, p. 280-284.

O

- Oldenhuis, F.T., "Aansprakelijkheid voor personen", *Mon. NBW b-46*, nr. 48.
- Oldenhuis, F.T., "Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten; functioneel verband (art. 6:170 lid 1 BW)", *A&V* 2000, p. 110-113.
- Oosterveen, W.J.G., *Tekst & Commentaar*, aant. 2 tot en met 7 bij art. 98 van boek 6 BW, Deventer, 1994.

P

- Page Keeton, W., Dobbs, D.B., Keeton, R.E., Owen, D.G., *Prosser and Keeton on The Law of Torts*, 5th ed. St. Paul, Minn. 1984.
- Pattison, P. en Varca, P.E., "Workers' Compensation for Mental Stress Claims in Wyoming", 29 *Land and Water Law Review* 1994, p. 145-173.
- Peeperkorn, D.H.M., "Juridische causaliteit: redelijk en adequaat?" in *Medische en juridische causaliteit. Inleidingen LSA 1990*, Lelystad, 1990, p. 1-31.
- Phillips, J.J., "An Evaluation of the Federal Employers' Liability Act, 25 *San Diego Law Review* 1988, 49.
- Pitt, G., *Employment Law*, Londen, 2000.

Q

- Quackenbush, L., "Workers' Compensation Exclusivity and Wrongful Termination Tort Damages: An Injurious Tug of War?", 39 *Hastings Law Journal* 1229, 1988.

R

- Rijlaarsdam, A., "De CRvB introduceert risicoaanvaarding als basis voor de aansprakelijkheid van een administratief orgaan als werkgever voor dienstongevallen van ambtenaren", *TAR* 1994, p. 525-529.
- Rijlaarsdam, A., "De Centrale Raad van Beroep wijst risicoaansprakelijkheid en volledige schadevergoeding af bij dienstongevallen", *TAR* 1997, p. 550-555.
- Rijlaarsdam, A., "Noot bij onder andere HR 30 januari 1998, JAR 1998/82, 'Psychische schade'", *SMA* 1999, p. 271-273.
- Riley, N.D., "Mental-Mental Claims – Placing Limitations on Recovery under Workers' Compensation for Day-to-Day Frustrations", *Missouri Law Review* 2000, p. 1023-1045.

- Roberts, P., "Employers' Liability for Sexual and Racial Harassment: Developing the Reasonably Practicable Steps Defence", *Industrial Law Journal* 2001, p. 388-396.
- Roeloff, J., "Het 'naar buiten schrijven' van de werknemer met behulp van een (geconstrueerde) beoordeling", *ArbeidsRecht* 2000, p. 3-6.
- Rolfs, C., "Die Neuregelung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerhaftung bei Arbeitsunfällen durch das SGB VII", *NJW* 1996, p. 3177-3182.
- Rood, M.G., "Noot bij HR 27 februari 1998", *TVVS* 1998, p. 180-181.
- Roth, J.F., "Werkgeversaansprakelijkheid, Ktr. Terneuzen 29 september 2004, 270 (beroepsziekte burn-out)", *TVP* 2005, p. 19-23.

S

- Santee, A., "More than just bad blood: reasonably assessing fear of AIDS-claims", *Villanova Law Review* 2001, p. 207-240.
- Schaap, P.J., "Vergoeding van immateriële schade, annotatie bij CRvB 7 augustus 2003, nr. 189", *TAR* 2004, p. 131-133.
- Schaub, G., *Arbeitsrechtshandbuch*, München, 1996.
- Schellart, A. en Coevorden, R.S. van, "Is verandering van omstandigheden kennelijk onredelijk?", *Sociaal Recht* 1998, p. 10-14.
- Scholtens, G.C., "Statistiek ontslagvergoedingen 2002: stilte voor de storm (I)", *ArbeidsRecht* 2003, p. 3-9.
- Scholtens, G.C., "Statistiek ontslagvergoedingen 2003: gerommel in de polder (I)", *ArbeidsRecht* 2004, p. 3-12.
- Schrimpf, S.A., "Workers' Compensation for Mental Stress Arising from Personnel Decisions", *University of Cincinnati Law Review* 1987, p. 587-613.
- Schueler, B.J., "Schadevergoeding voor ambtenaren onder de Awb", *TAR* 1998, p. 325-341.
- Schueler, B.J., "Bewijs" in *Bestuursprocesrecht*, Deventer, 1999, p. 595 e.v.
- Scott Hale, J., "Gotshall v. Consolidated Rail Corp.: Recognizing Inflicted Emotional Injuries under the Federal Employers' Liability Act", *Walter F. George School of Law, Mercer University Law Review*, 1995, p. 1527-1535.
- Shields, Chr.M., "Carlisle v. Consolidated Rail Corp. and Justice Ginsburg's Dissent: Striking an Equitable Compromise between the Interests of Labor and Management regarding FELA Liability for Work-related Stress", 39 *Villanova Law Review* 197, 1994.
- Shultz, W.K., "Mitchell v. State and HRS § 386-3: Workers' Compensation Reform in the State of Hawaii", 21 nr. 2 *University of Hawaii Law Review* 1999, p. 807-829.
- Sieburgh, C.H., "Beschikt de burgerlijke rechter echt over onbegrensde krachten?" in *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, red. C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels, G. van Solinge en L. Timmerman, Deventer, 2003, p. 173-198.
- Slooten, J.M. van, "Samenloop van (schade)vergoeding bij arbeidsongeschiktheid", *Sociaal Recht* 2001, p. 41-49.
- Smith, I.T. en Thomas, G., *Industrial Law*, Londen, 1996.

GERAADPLEEGDE JURIDISCHE LITERATUUR

- Sokachitch, J., "Good Faith and Fair Dealing in Illinois: An Application in the Employment Context", 1987 *University of Illinois Law Review* 183.
- Spamer, H.G., *Mobbing am Arbeitsplatz*, diss., Frankfurt am Main, 2000.
- Sperling, J., "Lessen uit de Verenigde Staten over seksuele intimidatie", *NJB* 1996, p. 242-246.
- Spier, J., "Immateriële schade, Persoonlijke predispositie, noot bij Rb. Haarlem, 3 mei 1994" in *A&V* 1994, p. 160-162.
- Sprengers, L.C.J., *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid* (diss. UvA), Deventer, 1998.
- Stapleton, J., "In Restraint of Tort", in *The frontiers of liability*, ed. by P.B.H. Birks, Oxford 1994, p. 83-102.
- Stolker, C.J.J.M. en Levine, D.I., "AIDS-phobia, Schadevergoeding voor angst", *NJB* 1996, p. 882-891.
- Stolker, C.J.J.M. en Levine, D.I., "Compensation for the Fear of Contracting Asbestos-related Diseases – Critical Reflections on an Important US Supreme Court Decision and its relevance for Europe", *European Review of Private Law*, 1999, p. 1-19.

T

- Teff, H., "Liability for Negligently Inflicted Psychiatric Harm: Justifications and Boundaries", *Cambridge Law Journal* 1998, p. 91-122.
- Thees, T., *Das Arbeitnehmer-Persönlichkeitsrecht als Leitidee des Arbeitsrechts*, diss., Berlin, 1995.
- Trap, J.J. en Wijnhoven, A.M., "Aansprakelijkheid werkgever voor psychische schade werknemer", *ArbeidsRecht* 1998, p. 21-24.
- Treffers, J., "De Awb in de praktijk van de CRvB", *Jurisprudentie Bestuursrecht plus-special* 2004, p. 14-20.
- Trindade, F.A., "Nervous shock and negligent conduct, *The Law Quarterly Review*, 1996, vol. 112, p. 22-27.
- Troost, G.M., "Workers' Compensation and Gradual Stress in the Workplace", 133 *University of Pennsylvania Law Review* 847, 1985.

V

- Van, A.J. en Dek, A.E., "Aansprakelijkheid voor blootstelling aan asbest", *Bijlage bij Handboek voor Personenschade*, oktober 2002.
- Vance, R.C., "Workers' Compensation and Sexual Harassment in the Workplace: a Remedy for Employees or a Shield for Employers?", 11 *Hofstra Labor Law Journal* 141, 1993.
- Vegter, M.S.A., "Aansprakelijkheid werkgever voor psychische schade werknemer als gevolg van seksuele intimidatie van de werknemer", *AV&S* 2001, p. 133-140.
- Vegter, M.S.A., "RSI en het 'recht' op een ontslagvergoeding", *Praktisch Procederen* 2002, p. 67-73.

- Vegter, M.S.A., "Ontbindingsvergoeding bij langdurige arbeidsongeschiktheid", *Sociaal Recht* 2002, p. 249-253.
- Vegter, M.S.A., "Aansprakelijkheid van de werkgever voor overbelasting (stress) en andere vormen van psychisch letsel", *NJB* 2002, p. 1935-1942.
- Vegter, M.S.A., "(Schade)vergoeding voor werkgerelateerde shockschade", *Sociaal Recht* 2002, p. 311-319.
- Vegter, M.S.A., "Werkgeversaansprakelijkheid voor psychisch letsel, Rb Utrecht, 4 september 2002, *JAR* 2002, 220", *TVP* 2002, p. 95-99.
- Vegter, M.S.A., "Schadevergoeding en ontslagvergoeding", *ArA* 2003, p. 62-77.
- Vegter, M.S.A., "Bewijslastverdeling bij RSI", *TVP* 2004, p. 3-10.
- Vegter, M.S.A., "Predispositie en eigen schuld bij RSI en andere multicausale ziekten", *TVP* 2004, p. 73-79.
- Veldman, A., "Nieuwe richtlijnen gelijke behandeling in arbeid en beroep", *Sociaal Recht* 2000, p. 375-377.
- Verheij, A.J., "Een pleidooi voor de vergoeding van geringe immateriële schade", *RM Themis* 1998, p. 339-350.
- Verheij, A.J., "Shockschade", *NJB* 1999, p. 1409-1416.
- Verheij, A.J., "Shock- en schrikschade, Hof Amsterdam, 27 april 2000, rolnr. 438/99", *TVP* 2000, p. 41-43.
- Verheij, A.J., "Vergoeding van shockschade sinds Hoge Raad 22 februari 2002", *Letsel&Schade* 2002, p. 5-13.
- Verheij, A.J. *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU Amsterdam), Nijmegen, 2002.
- Verheij, A.J., "Vergoedbaarheid van shockschade van professionele hulpverleners bij rampen" in A.J. Akkermans en E.H.P. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen 2002, p. 281-303.
- Verhulp, E., Loonstra, C.J., Verburg, L.G., Scholtens, C.G., Heerma van Voss, G.J.J., *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag, 2004.
- Verspagen, M.A.M.M., "Arbeidsongeschikt vanwege een arbeidsconflict: aan de goden overgeleverd!", *ArbeidsRecht* 2004, p. 25-31.
- Vesting, M.B., "Vergoeding aan de werkgever", *ArbeidsRecht* 2004, p. 13-19.

W

- Wachter, D., "Noot bij Hoge Raad 9 juni 1995, NJ 1995, 630, Van de Luytgaarden/Machinefabriek Schuurink", *A&V* 1995, p. 165-167.
- Waddington, L., "Tweede-generatierichtlijnen Gelijke Behandeling: de nieuwe Richtlijn inzake gelijke behandeling ongeacht ras of etnische afstamming en de Kaderrichtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep", *Sociaal Recht* 2000, p. 357-362.
- Wassenaer van Catwijck, A.J.O. baron van, *Eigen schuld* (diss. Leiden), 1971.
- Wassenaer van Catwijck, A.J.O. baron van, "Nieuwe ontwikkelingen op het stuk van aansprakelijkheid van artsen voor beroepsfouten", *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1983, p. 16-22.

GERAADPLEEGDE JURIDISCHE LITERATUUR

- Water, R. van de, "Van kennelijk onredelijk naar onredelijk ontslag", *Sociaal Recht* 1998, p. 8-10.
- Water, R. van de, "Bewijslastverdeling bij beroepsziekten", *ArbeidsRecht* 2001, p. 13-17.
- Water, R. van de, "Vergoeding van psychische schade: via de weg van 7:658 BW of 7:611 BW?", *ArbeidsRecht* 2003, p. 11-15.
- Waterman, Y.R.K., "De aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade van de werknemer. Een nieuwe uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht", *Arbeid Integraal* 2000, p. 86-90.
- Waterman, Y.R.K., "De perikelen van de werknemer in het verkeer", *ArA* 2003, p. 40-61.
- Weinrib, E., "A Step Forward in Factual Causation", 1975, 38 *MLR* 518.
- Weinstein, M.J., "The Limitations of Judicial Innovation: A Case Study of Wrongful Dismissal Litigation in Canada and the United States", 14 *Comparative Labor Law Journal* 478, 1993.
- Weir, T., "Physician – Kill thyself!", *Cambridge Law Journal* 1991, p. 397-399.
- Wickler, P., "Wertorientierungen in Unternehmen und gerichtlicher Mobbing-schutz", *Der Betrieb* 2002, p. 477-484.
- Wiese, G., "Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber", *Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1971, p. 273-317.
- Wit, M.A.C. de, "Halfvol in plaats van halfleeg? Goed werkgeverschap en de rechterlijke toetsing", in *Het actuele recht; rechtspraak anno 1993 in 67 tilburgse bijdragen*, red. R.D. Vriesendorp, Lelystad 1993, p. 255-258.
- Wit, M.A.C. de, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Deventer 1999.
- Wlotzke, O., "Das neue Arbeitsschutzgesetz – zeitgemäßes Grundlagengesetz für den betrieblichen Arbeitsschutz", *NZA* 1996, p. 1017-1024.
- Woltjer, A.J.Th., "Ras en nationaliteit" in *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2001, Deventer 2002, p. 15-25.
- Woodford, E.L., "Anderson v. Save-A-Lot, Ltd.: Recovery Under Workers' Compensation for Psychological Injury", *American Journal of Trial Advocacy*, Summer 1999, p. 237-240.
- Worzalla, M., "Das Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1994, p. 1016-1022.

Y

- Yamada, D.C., "The Phenomenon of "Workplace Bullying" and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection", 88 *Georgetown Law Journal* 475, 2000.

Z

- Zondag, W.A., "De Wet-Bussemaker/Van Dijke: symboolwetgeving of sociale revolutie?", *ArbeidsRecht* 2003, p. 16-31.
- Zutphen, A.H. van, "Schadevergoedingen in het ambtenarenontslagrecht", *TAR* 1996, p. 437-445.

Overige geraadpleegde literatuur

A

Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag, 2000.

Arbeidsinspectie, Interne Instructie Agressie & geweld, vastgesteld op 10 mei 2001, te vinden op <http://www.arbeidsinspectie.nl/>, 27 september 2004.

Arbeidsinspectie, Interne Instructie Werkdruk, vastgesteld op 25 september 2002, te vinden op <http://www.arbeidsinspectie.nl/>, 27 september 2004.

B

Blonk, R.W.B., "Psychische klachten en arbeid" in *Werkgeversaansprakelijkheid voor psychisch letsel*, KSU Studie, 24 april 2003.

Bully OnLine, web site of the UK National Workplace Bullying Advice Line, *Stress, Injury to health, Trauma, PTSD*, <http://www.bullyonline.org/stress/health.htm#Symptoms>, 1 april 2005.

Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, <http://www.bmwa.bund.de/Navigation/Arbeit/Arbeitsrecht/mobbing.html>, 1 april 2005.

Bureau Beroepsziekten FNV, BBZ-info Burn-out, <http://www.bbzfnnv.nl/infoburn-out.html>, Amsterdam, 1 april 2005.

Buijsen, H.J.P., en Bos, M., *Lesje geleerd? Indringende ervaringsverhalen van leraren, een gids nazorg agressie-incidenten*, Den Haag, 2002.

Buijsen, H.J.P., en Buis, S., *Geshokt: Indringende ervaringsverhalen van verpleegkundigen*, Maarssen, 1999.

C

CBS, "Werkdruk stabiliseert", *Index no. 9*, november 2001 (door Ferdy Otten en Irene Houtman, TNO-Arbeid Hoofddorp).

CBS, "Trends in arbeidsomstandigheden", *Sociaal-economische maandstatistiek 2003/7*, Den Haag 2003, p. 25.

D

Dam, Y. van, en Engelen, M., *Evaluatie van de Arbowet inzake ongewenste omgangsvormen*, in opdracht van het Ministerie van SZW, Den Haag, 2004.

Department of Experimental Psychology and the Department of Social Medicine for the Health and Safety Executive (HSE), "The scale of occupational stress. The Bristoll Stress and Health at Work Study", http://www.hse.gov.uk/research/crr_pdf/2000/crr00265.pdf, 28 november 2004.

Dilworth, D.C., "Psychologists seek ways to reduce workplace stress", *Trial*, januari 1991, p. 14.

Dirkzwager, J.E., *Posttraumatic stress among Dutch military veterans: a longitudinal study* (diss. VU Amsterdam), 2002.

OVERIGE GERAADPLEEGDE LITERATUUR

E

European Commission, Directorate-General for Employment and Social Affairs, *Guidance on work-related stress, "Spice of Life – or Kiss of Death?"*, Brussel 1999 (http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/health_safety/publicat/stress_en.pdf, 15 augustus 2004).

Europees Agentschap voor veiligheid en gezondheid op het werk, *Arbeidsgebonden stress, samenvatting van een rapport van het Europees Agentschap voor de veiligheid en de gezondheid op het werk*, juni 2000.

F

Feenstra, P.W., *Aspecten van arbeidsomstandigheden in CAO's*, Arbeidsinspectie, Den Haag, 1998.

FNV Barometer 16, *Pesten op het werk*, Amsterdam, 1998.

G

GGD Gezondheidsinformatie, *Aids (dossier)*, <http://www.ggdgezondheidsinfo.nl/onderwerp.asp?RegioID=26&Onderwerp=1>, 13 september 2004.

H

Health & Safety Executive, *Violence at Work, A guide for employers*, <http://www.hse.gov.uk/pubns/indg69.pdf>, 15 augustus 2004.

Health & Safety Executive, *Work-related stress, a short guide*, <http://www.hse.gov.uk/pubns/indg281.pdf>, 15 augustus 2004.

Health & Safety Executive, *The Management Standards for Tackling Work Related Stress*, <http://www.hse.gov.uk/stress/standards/pdfs/standards.pdf>, 13 maart 2005.

Holmes, T.H. en Rahe, R.H., "Life events inventory, the Social Readjustment Rating Scale" in *Journal Psychosomatic Research*, 1967 en de update daarvan van Miller, M.A. en Rahe, R.H. in *Journal Psychosomatic Research* 1997, vol. 43, p. 279-292.

Houtman, I., Schaufeli, W. en Taris, T. (red.), *Psychische vermoeidheid en werk: Cijfers, trends en analyses*, NWO/Samsom 2000 (Project 'Psychische Vermoeidheid in de Arbeidssituatie').

I

Initiative Neue Qualität der Arbeit, <http://www.inqa.de/Inqa/Navigation/Themen/psychische-belastung-stress.html>, 1 april 2005.

Intermediair, *Werken tot je erbij neervalt*, 6 november 2003, p. 18-23.

International Labour Organisation (ILO), *SafeWork, Developing a workplace stress prevention programme*, <http://www.ilo.org/public/english/protection/safe-work/stress/prevpgm.htm#effective>, 15 augustus 2004.

J

Judicial Studies Board, *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases; Psychiatric Damage Generally (chapter 3(A))*, Oxford University Press, 2004, 7th ed., p. 10-13.

K

Kleijne, D., *Raak?!: voorlichting aan reinigingsmedewerkers over prikongevallen: evaluatie van een voorlichtingsinterventie*, GGD Rotterdam, 1992.

Kolk, B. van der, "The Body Keeps the Score: Approaches to the Psychobiology of Posttraumatic Stress Disorder" in *Traumatic Stress* 1996, p. 216.

Kring van Kantonrechters, *Aanbevelingen voor procedures ex art. 7:685 BW, zoals vastgesteld in de plenaire vergadering van de Kring van Kantonrechters d.d. 8 november 1996 en laatstelijk gewijzigd d.d. 8 oktober 1999*.

L

Law Commission, *Liability for psychiatric illness*, Consultation Paper no. 137, Londen, 1995.

Law Commission, *Liability for psychiatric illness*, Report no. 249, Londen, 1998.

M

Meschkutat, B., Stackelbeck, M., en Langenhoff G., "Der Mobbing-Report" in *Aktuelle Informationen* 2002, nr. 4, ausgabe von die Deutscher Juristinnenbund, Berlin, 2002.

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Seksuele intimidatie: voorkomen en beleid voeren* (Onderzoek door het Nederlands Instituut voor Arbeidsomstandigheden naar ervaringen in 50 arbeidsorganisaties), Den Haag, 1993.

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Arbobalans 2002*, Den Haag, 2002.

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Arbobalans 2003*, Den Haag, 2003.

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Arbobalans 2004*, Den Haag, 2004.

N

National Institute for Occupational Safety and Health (NIOSH), *Stress at Work*, <http://www.cdc.gov/niosh/99-101pd.html>, 15 augustus 2004.

Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB), *Signaleringsrapport Beroepsziekten 2003*, Amsterdam, 2003.

Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB), *Signaleringsrapport Beroepsziekten 2004*, Amsterdam, 2004.

Nederlands Centrum voor Beroepsziekten NCvB), *Registratierichtlijn E001 – Traumatische stress stoornissen en Registratierichtlijn E002 – Beroepsgebonden burn-out/overspanning*, zie <http://www.beroepsziekten.nl/index.php?TID=28&SID=85&ShowTypeID=2>, 1 april 2005.

OVERIGE GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde (NVAB), *Handelen van de bedrijfsarts bij werknemers met psychische klachten*, 28 januari 2000, zie http://nvab.artsennet.nl/uri/?uri=AMGATE_6059_340_TICH_R138479384865747, 21 maart 2005.

Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie, *Beknopte handleiding bij de Diagnostische Criteria van de DSM-IV-TR*, Lisse, 2001.

O

Occupation Safety & Health Administration (US), *Recommendations for Workplace Violence Prevention Programs in Late-Night Retail Establishments*, U.S. Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration, OSHA 3153, 1998. Internet: <http://www.osha-slc.gov/SLTC/workplaceviolence/index.html>, 15 augustus 2004.

P

Commissie Psychische Problematiek (subcommissie van Commissie Het Werkend Perspectief), *Een gebroken been is toch gemakkelijker; evaluatie van de Leidraad aanpak verzuim om psychische redenen*, zie <http://www.werkendperspectief.nl/Documents/Evaluatierapport%20-%20Een%20gebroken%20been.pdf>, 20 februari 2005.

R

Roos, L. de, en Sluiter, J.K., "Depressie als beroepsziekte: Identificatie van werkgebonden psychosociale risicofactoren uit de landelijke registratie en een systematisch literatuuronderzoek", *TBV* 2004, p. 365-371.

S

SER, *Advies Verdere uitwerking WAO-beleid – reactie op enkele kabinetsvoornemens*, nr. 04/02, Den Haag, 2004.

Smulders, P.G.W., Klein Hesselink, D.J., en Evers, G.E., "Geweld, intimidatie en discriminatie op het werk in de Europese Unie, een analyse van het databestand van de 'European Work Environment Survey' uit 1996 van de 'European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions'", Ministerie van SZW, Den Haag, 1999.

Soethout, J., en Sloep, M., *Evaluatie Arbowet over seksuele intimidatie, agressie en geweld en pesten op het werk*, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Den Haag, 2000.

Sorgdrager, B., "Psychische beroepsziekten hoeven niet tot blijvende schade te leiden", *TVP* 2003, p. 16-19.

Sozialforschungsstelle Dortmund, *Der Mobbing-Report*, Dortmund, 2002.

Stichting van de Arbeid, *Agenda 2002*, 9 december 1997, § 8.

Stichting van de Arbeid, *Met alle respect! Over bedrijfscultuur en omgangsvormen op de werkplek*, Den Haag, 14 december 1999, Publicatienummer 7/99.

Stichting van de Arbeid, *Advies inzake het rapport van de adviescommissie Duaal Ontslagstelsel*, 15 juli 2003, Publicatienummer 7/03.

OVERIGE GERAADPLEEGDE LITERATUUR

T

TNO Arbeid, *TNO Arbeidssituatie Survey 2002*, Hoofddorp, 2002.

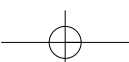
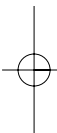
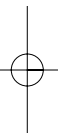
U

UN AIDS, factsheet 9, <http://www.unaids.org/EN/media/fact+sheets.asp>, 13 september 2004.

V

Vermetten, E., "Posttraumatische Stress Stoornis. Belang van een zorgvuldige diagnose", in *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, red. G. van Maanen, Den Haag 2003, p. 61-84.

Vrooland, V., *De stress te lijf*, Stichting FNV Pers, Amsterdam 1998.



Jurisprudentieregister

Verwezen wordt naar paginanummers. Op de vetgedrukte pagina's worden casus (kort) weergegeven en/of overwegingen geciteerd.

Nederland

Hoge Raad

| | |
|--|--|
| HR 21 mei 1937, <i>NJ</i> 1937, 638 m.nt. Meijers (diefstal machines uit fabriek) | 154, 192 |
| HR 5 november 1965, <i>NJ</i> 1966, 136 (Kelderluik) | 244, 475-476 |
| HR 9 juni 1972, <i>NJ</i> 1972, 360 m.nt. GJS (neurotische depressie) | 124, 137 |
| HR 21 juni 1974, <i>NJ</i> 1974, 453 m.nt. GJS. (Windmill/Roelofsen) | 94, 95, 106, 108, 109, 110 |
| HR 21 maart 1975, <i>NJ</i> 1975, 372 m.nt. GJS (coronaire trombose) | 124, 137 |
| HR 4 juni 1976, <i>NJ</i> 1977, 98 (Derksen/Derksen B.V.) | 227 |
| HR 3 februari 1978, <i>NJ</i> 1978, 248 (Roovers/De Toekomst) | 476 |
| HR 14 april 1978, <i>NJ</i> 1979, 245 (Messaoudi/Hoechst) | 92 , 94, 95, 183 |
| HR 2 november 1979, <i>NJ</i> 1980, 77 (Vader Versluis) | 94, 125, 126 |
| HR 4 februari 1983, <i>NJ</i> 1984, 631 (Franke/Van den Boom c.s.) | 148 |
| HR 8 februari 1985, <i>NJ</i> 1986, 136 m.nt. CJHB (Joe/Chicago Bridge) | 123-124 |
| HR 8 februari 1985, <i>NJ</i> 1986, 137 m.nt. CJHB (Henderson/Gibbs) | 124, 137 |
| HR 9 januari 1987, <i>NJ</i> 1987, 948 (Sweegers Beton/Van den Hout) | 141 |
| HR 27 februari 1987, <i>NJ</i> 1987, 584 (Van der Pijl/Erasmus College) | 610, 646-647 |
| HR 4 november 1988, <i>NJ</i> 1989, 751 m.nt. CJHB (ABP/ Van Stuyvenberg) | 124, 126, 137, 138 |
| HR 17 november 1989, <i>NJ</i> 1990, 572 m.nt. PAS onder Hoge Raad 6 april 1990, <i>NJ</i> 1990, 573 (De Kok/Jansen's Schoonmaak- bedrijven) | 86, 94, 95, 100, 106, 108, 110, 225 |
| HR 1 december 1989, <i>NJ</i> 1990, 451 m.nt. PAS (Deuss/Motel Holland) | 151-152 , 166, 566-567 , 587, 591 |
| HR 26 januari 1990, <i>NJ</i> 1990, 499 (Schreuder) | 567 |
| HR 6 april 1990, <i>NJ</i> 1990, 573 (Janssen/Nefabas) | 93, 103 |
| HR 15 juni 1990, <i>NJ</i> 1990, 716 (Stormer/Vedox) | 120, 158, 159 |
| HR 22 maart 1991, <i>NJ</i> 1991, 420 (Roeffen/Thijssen B.V.) | 86, 94, 95, 100, 106, 110, 225 |
| HR 5 april 1991, <i>NJ</i> 1991, 422 (Dkourou e.a./Domburg Vlees B.V.) | 227 |
| HR 13 december 1991, <i>NJ</i> 1992, 441 (Goldsteen/Roeland) | 477, 478, 622 |
| HR 28 februari 1992, <i>NJ</i> 1992, 687 m.nt. MS; AB 1992, 301 m.nt. FHvdB (Changoe) | 177 |
| HR 20 maart 1992, <i>NJ</i> 1992, 495 m.nt. PAS en JAR 1992, 11 (Nedlloyd/ Monteiro e.a.) | 227 |
| HR 25 juni 1993, <i>NJ</i> 1993, 686 m.nt. PAS (Cijssouw I) | 95, 106, 108, 110, 326, 401 |

JURISPRUDENTIEREGISTER

| | |
|--|--|
| HR 1 juli 1993, <i>NJ</i> 1993, 667 (Nuts/Hofman) | 36, 44, 84, 87, 95, 106, 110, 127, 132 , 352, 427, 432, 609-610 , 619, 641, 643, 646 |
| HR 3 september 1993, <i>NJ</i> 1993, 715; <i>JAR</i> 1993, 223 (Korzelius/ Houtunie Alkmaar B.V.) | 227, 228 |
| HR 8 april 1994, <i>NJ</i> 1994, 704 m.nt. PAS en <i>JAR</i> 1994, 94 (Agfa/ Schoolderman) | 620 |
| HR 13 januari 1995, <i>NJ</i> 1997, 366 (Ontvanger/Bos) | 148, 149 |
| HR 9 juni 1995, <i>NJ</i> 1995, 630 (Van de Luytgaarden/Schuurink) | 95, 103, 105, 110 |
| HR 17 november 1995, <i>NJ</i> 1996, 144 (Babayigit/NKF) | 103 |
| HR 26 januari 1996, <i>NJ</i> 1996, 607 m.nt. WMK (Dicky Trading II) | 120 |
| HR 20 september 1996, <i>NJ</i> 1997, 198 m.nt. PAS (Pollemans/Hoondert) | 95, 106, 110, 141, 142 |
| HR 1 november 1996, <i>NJ</i> 1997, 134 (kraaiende krielhanen II) | 129, 147, 337, 352 |
| HR 6 december 1996, <i>NJ</i> 1997, 398 (Fortes/Smits) | 95, 106, 108, 110 |
| HR 2 mei 1997, <i>NJ</i> 1997, 662 (Kip en Sloetjes/Rabobank) | 129, 147, 337, 352 |
| HR 17 oktober 1997, <i>NJ</i> 1999, 266 (Schoonderwoert) | 228 |
| HR 24 oktober 1997, <i>JAR</i> 1997, 248; <i>NJ</i> 1998, 257 m.nt. PAS (Baijings/mr. H.) | 159 |
| HR 16 januari 1998, <i>JAR</i> 1998, 56 (Van der Moere c.s./Stichting Nijenrode) | 220 |
| HR 23 januari 1998, <i>NJ</i> 1998, 366 (B/FIOM) | 147 |
| HR 30 januari 1998, <i>JAR</i> 1998, 82 en <i>NJ</i> 1998, 476 (Chubb Lips Nederland BV/Jansen) | 85, 87 , 95, 96 , 114, 389, 592-593 |
| HR 27 februari 1998, <i>NJ</i> 1998, 765; <i>JAR</i> 1998, 111 (Kuivenhoven/ De Combinatie) | 615-616 , 628 |
| HR 26 mei 1998, <i>JAR</i> 1998, 153 (H./Stichting Zorgverlening) | 220 |
| HR 11 september 1998, <i>NJ</i> 1998, 870 (Van der Wiel/Philips) | 141 |
| HR 18 september 1998, <i>NJ</i> 1990, 45; <i>JAR</i> 1998, 213 (Van Doorn/NBM) | 93, 475 |
| HR 2 oktober 1998, <i>NJ</i> 1999, 683 m.nt. JBMV (Cijssouw II) | 92, 93, 97, 103, 183, 474 |
| HR 22 januari 1999, <i>JAR</i> 1999, 44; <i>NJ</i> 1999, 534 m.nt. PAS (reclasseringsmedewerker) | 84, 135, 175, 350-351 , 354 |
| HR 5 maart 1999, <i>NJ</i> 1999, 644 m.nt. PAS en <i>JAR</i> 1999, 73 (Tulkens/FNV) | 100, 159, 616 |
| HR 25 juni 1999, <i>NJ</i> 1999, 601; <i>JAR</i> 1999, 149 (Boulidam) | 219 |
| HR 3 december 1999, <i>NJ</i> 2000, 235 m.nt. PAS en <i>JAR</i> 2000, 18 (Pratt & Whitney) | 157 |
| HR 10 december 1999, <i>NJ</i> 2000, 211 m.nt. PAS (Fransen/Pasteurziekenhuis) | 104 |
| HR 17 december 1999, <i>NJ</i> 2000, 87 (Groningen/Raatgever) en 88 m.nt. ARB; <i>AB</i> 2000, 89 m.nt. PvB; <i>JB</i> 2000, 4 m.nt. FAMS | 177, 220 |
| HR 17 december 1999, <i>NJ</i> 2000, 171 (Stichting Thuiszorg Midden- Limburg) | 219, 220 |
| HR 27 oktober 2000, <i>NJ</i> 2001, 119 m.nt. MMM (Amev/Sjors) | 120 |
| HR 17 november 2000, <i>JAR</i> 2000, 261; <i>NJ</i> 2001, 596 m.nt. DA (Unilever/Dikmans) | 111-112 , 116, 187 |

| | |
|--|---|
| HR 12 januari 2001, <i>NJ</i> 2001, 253 (Vonk/Van der Hoeven); <i>JAR</i> 2001, 24 | 84, 86, 100, 668, 675 |
| HR 2 maart 2001, <i>NJ</i> 2001, 649 m.nt. Van Wijmen en JBMV (MCL/In 't Hout) | 120 |
| HR 4 mei 2001, <i>JAR</i> 2001, 96; <i>NJ</i> 2001, 377 (Bloemsma/Hattuma) | 104 |
| HR 5 oktober 2001, zaaknr. C99/362, <i>LJN</i> ZC3661 (de Schrik van Someren) | 158 |
| HR 26 oktober 2001, <i>JAR</i> 2001, 238 (Bons/Ranzijn) | 477, 478 |
| HR 2 november 2001, <i>JAR</i> 2001, 255; <i>NJ</i> 2001, 667 (Elverding/Wientjes) | 159, 162 |
| HR 9 november 2001, <i>JAR</i> 2001, 256; <i>NJ</i> 2002, 79 m.nt. PAS (openstaande lade) | 155, 156, 193 |
| HR 22 februari 2002, <i>NJ</i> 2002, 240 (Kindertaxi) | 148, 319, 334, 335-337 , 352, 353, 397, 427, 669 |
| HR 1 maart 2002, <i>JAR</i> 2002, 66; <i>NJ</i> 2003, 210 m.nt. GHvV (TNO/Ter Meulen) | 161 |
| HR 1 maart 2002, <i>JAR</i> 2002, 67; <i>NJ</i> 2003, 211 m.nt. GHvV (Guérand/ PTT Post) | 161 |
| HR 9 augustus 2002, <i>NJ</i> 2004, 235 m.nt. GHvV; <i>JAR</i> 2002, 205 (De Bont/ Oudenallen) | 84, 86, 100, 668, 675 |
| HR 15 november 2002, <i>NJ</i> 2003, 617 m.nt. MS; <i>RvdW</i> 2002, 186; <i>JB</i> 2003, 2; <i>AB</i> 2003, 95 m.nt. PvB (Staat/Zevenbergen) | 178 |
| HR 29 november 2002, <i>NJ</i> 2004, 304 (TFS/NS) en <i>NJ</i> 2004, 305 (Kastelijns/ Achtkaarspelen) | 95, 106 |
| HR 10 januari 2003, <i>JAR</i> 2003, 39 <i>NJ</i> 2003, 231 (Van Ravenswade/ ING Bank) | 158, 228 |
| HR 14 februari 2003, <i>JAR</i> 2003, 72 (Thuiszorg/Bulters) | 168 |
| HR 9 mei 2003, <i>RvdW</i> 2003, 92 (Beliën/Provincie Brabant) | 129, 130, 148, 682 |
| HR 16 mei 2003, <i>JAR</i> 2003, 147; <i>NJ</i> 2004, 176 m.nt. GHvV onder HR 12 september 2003, <i>NJ</i> 2004, 177 (Dusarduyn/Du Puy) | 86, 372, 530 |
| HR 7 november 2003, <i>JAR</i> 2003, 295; <i>NJ</i> 2004, 174 m.nt. GHvV (Visser/Van Lee) | 159, 160, 161 |
| HR 19 december 2003, <i>NJ</i> 2004, 348 (J./Staat der Nederlanden) | 148, 682 |
| HR 30 januari 2004, <i>JAR</i> 2004, 68 (Parallel Entry/KLM en VNV) | 620 |
| HR 2 april 2004, <i>JAR</i> 2004, 112 (DCW/Blakborn) | 159, 161 |
| HR 2 april 2004, <i>JAR</i> 2004, 114 (Tjemkes/ABN AMRO) | 159 |
| HR 18 juni 2004, <i>JAR</i> 2004, 168 (ITMS/Pieters c.s.) | 692 |
| HR 25 juni 2004, <i>JAR</i> 2004, 169 (De Zonnehof/Swart) | 151 |
| HR 9 juli 2004, <i>RvdW</i> 2004, 98 en <i>JA</i> 2004, 3 (Oudejaarsrellen bij woning SP-ers in Groningen) | 86, 149 |
| HR 9 juli 2004, <i>JAR</i> 2004, 190 (Oost/Brands Bouwgroep) | 86, 530 |
| HR 3 december 2004, <i>JAR</i> 2005, 30 (Van Ree/Damco) | 219, 231 |
| HR 10 december 2004, <i>JAR</i> 2005, 12 (Vermeulen/Douwe Egberts) | 159, 161 |
| HR 11 maart 2005, <i>JAR</i> 2005, 84; <i>RvdW</i> 2005, 37 (ABN AMRO/Nieuwenhuys) | 36, 85, 87-89 , 146, 147, 183, 351, 426, 430-432 , 484, 592, 666, 673, 694 |
| HR 18 maart 2005, <i>JAR</i> 2005, 100 (KLM/De Kuijer) | 84, 101, 175, 387 |

JURISPRUDENTIEREGISTER

Gerechtshoven

| | |
|---|-------------------------------|
| Hof Amsterdam 22 december 1988, <i>NJ</i> 1990, 85 | 149 |
| Hof Arnhem 7 mei 1996, <i>JAR</i> 1996, 127 | 120, 158 |
| Hof Amsterdam, 15 januari 1998, <i>NJ Kort</i> 1999, 26 | 154-155 |
| Hof 's-Gravenhage, 10 februari 1999, rolnr. 97/1906, n.g. | 154 |
| Hof 's-Gravenhage 21 december 1999, <i>NJ</i> 2000, 468 | 158 |
| Hof Arnhem, 9 januari 2001, nr. 99/463 | 155 |
| Hof Amsterdam 14 november 2002, rolnr. 226/02, n.g. | 178 |
| Hof 's-Gravenhage 10 januari 2003, <i>JAR</i> 2003, 105 | 228, 229 |
| Hof Arnhem 18 maart 2003, <i>JAR</i> 2003, 127 | 229, 230, 622, 624-625 |
| Hof Amsterdam 18 maart 2004, <i>JAR</i> 2004, 96 | 143 |
| Hof Amsterdam 18 maart 2004, <i>JAR</i> 2004, 161 | 441 |
| Hof 's-Hertogenbosch 27 april 2004, <i>JAR</i> 2004, 132. | 668 |
| Hof Arnhem 6 juli 2004, <i>JAR</i> 2004, 204 | 93 |

Rechtbanken, sector civiel

| | |
|--|---|
| Pres Rb Amsterdam 24 december 1985, <i>KG</i> 1986, 46 | 627 |
| Pres Rb Utrecht 2 augustus 1994, <i>Prg</i> 1994, 195 | 618 |
| Rb Amsterdam 29 maart 1995, <i>Verkeersrecht</i> 1996, 24 | 149 |
| Rb Utrecht 4 december 1996, <i>Letsel & Schade</i> 1997, 1 | 149 |
| Rb Utrecht 9 december 1998, <i>TvG</i> 1999, p. 403 | 393 |
| Rb Zwolle 29 september 1999, <i>JAR</i> 1999, 15 | 229, 570 |
| Rb Rotterdam 30 september 1999, <i>JAR</i> 1999, 230 | 88, 509 , 530 |
| Rb Amsterdam 15 december 1999, <i>JAR</i> 2000, 9 | 160 |
| Rb 's-Gravenhage 6 december 2000, <i>JAR</i> 2001, 19 | 229 |
| Rb Arnhem 7 december 2000, nr. 00-452, n.g. | 157, 533 , 541 |
| Pres Rb Amsterdam 22 februari 2001, <i>RN</i> 2001, 1319 | 88, 510-511 , 530, 556 |
| Rb Middelburg 30 mei 2001, <i>JAR</i> 2001, 232 | 88, 397-398 , 330 |
| Rb Maastricht 18 oktober 2001, <i>JAR</i> 2002, 95 | 668 |
| Rb Breda 5 maart 2002, <i>JAR</i> 2002, 223 | 156, 515-516 , 533 , 541, 542 |
| Rb 's-Hertogenbosch 24 april 2002, <i>JAR</i> 2002, 114 | 618 |
| Rb 's-Gravenhage 18 december 2002, <i>JAR</i> 2003, 192 | 230, 658 |
| Rb Amsterdam 8 januari 2003, <i>JAR</i> 2004, 108 | 668 |
| Rb Rotterdam 6 augustus 2003, <i>Letsel & Schade</i> 2003 nr. 3, p. 37-40 (nr. 63) | 178, 193 |
| Rb Amsterdam 7 april 2004, <i>JAR</i> 2004, 108 | 101 |
| Rb 's-Hertogenbosch 23 juni 2004, <i>JA</i> 2004, 111 | 154 |
| Rb Amsterdam 14 juli 2004, <i>JAR</i> 2005, 61 | 614 |

Kantonrechters

| | |
|--|---------------|
| Ktr Amsterdam 24 januari 1986, <i>Prg</i> 1986, 2461 | 653 |
| Ktr Amsterdam 19 september 1986, <i>Prg</i> 1986, 2593 | 621, 651, 653 |

| | |
|--|--|
| Ktr Rotterdam 7 januari 1988, <i>Prg</i> 1988, 2836 | 617, 651 , 653 |
| Ktr Amsterdam 27 februari 1989, <i>Prg</i> 1989, 3046 | 219, 487 |
| Ktr Eindhoven 8 maart 1990, <i>NJ</i> 1992, 145 | 626, 651, 653 |
| Ktr Amersfoort 9 januari 1991, <i>Prg</i> 1991, 3404 | 217 |
| Ktr Zutphen 15 oktober 1991, <i>Prg</i> 1992, 3614 | 570-572 , 587, 601 |
| Ktr Terborg 25 maart 1993, <i>JAR</i> 1993, 141 | 621 , 651 |
| Ktr Amsterdam 7 juni 1993, <i>JAR</i> 1993, 166 | 219 |
| Ktr Hoorn 9 augustus 1993, <i>JAR</i> 1993, 220 | 223 |
| Ktr Utrecht 9 augustus 1993, <i>Prg</i> 1993, 3939 | 568-569 , 587, 601 |
| Ktr Roermond 19 oktober 1993, <i>Prg</i> 1994, 4039 | 121, 626 |
| Ktr Enschede 9 november 1993, <i>Prg</i> 1993, 4001 | 326 , 370 , 372 |
| Ktr Utrecht 20 september 1994, <i>Prg</i> 1994, 195 | 618 , 651 |
| Ktr Amsterdam 6 januari 1995, <i>JAR</i> 1995, 57 | 623 , 641, 652 |
| Ktr Apeldoorn 31 januari 1995, <i>JAR</i> 1995, 84; <i>Prg</i> 1995, 4273 | 517-518 |
| Ktr Amsterdam 6 juli 1995 en 26 oktober 1995, <i>JAR</i> 1995, 236 | 442 |
| Ktr Utrecht 18 juli 1995, <i>Prg</i> 1996, 4486 | 569-570 , 587 |
| Ktr Delft 30 november 1995, <i>Prg</i> 1996, 4479 | 570 |
| Ktr Amsterdam 7 mei 1996, <i>JAR</i> 1996, 134 | 610-611 , 641, 651 |
| Ktr Arnhem 6 februari 1997, <i>JAR</i> 1997, 60 | 625 |
| Ktr Terneuzen 9 juli 1997, <i>Prg</i> 1998, 4921 | 438-439 , 471, 480, 483 |
| Ktr Rotterdam 19 augustus 1997, <i>RN</i> 1998, 873 | 518 |
| Ktr Amsterdam 10 oktober 1997, rolnr. 4012/88, <i>CD-Rom</i> <i>Vrouw en Recht</i> Clara Wichmann Instituut, nr. 97010472 | 440 , 471, 480 |
| Ktr Breda 3 november 1997, <i>Prg</i> 1998, 5007 | 570 |
| Ktr Rotterdam 21 april 1998, <i>RN</i> 1998, 923 | 509 |
| Ktr Amsterdam 28 mei 1998, <i>JAR</i> 1998, 145 | 611-612 , 640, 647 , 650 |
| Ktr Oud-Beijerland 29 juni 1998, <i>JAR</i> 1998, 178 | 217, 222, 223 |
| Ktr Amsterdam 4 juli en 24 augustus 1998, <i>JAR</i> 1998, 205 | 439 |
| Ktr Alkmaar 19 augustus 1998, <i>JAR</i> 1998, 191 | 510 , 612 , 641, 651 |
| Ktr Zutphen 5 november 1998, <i>Prg</i> 1999, 5118 | 518-519 |
| Ktr Enschede 27 november 1998, <i>Prg</i> 1999, 5092 | 619 |
| Ktr. Middelburg 1 februari 1999, <i>Verkeersrecht</i> 1999, 117 | 143 |
| Ktr Amsterdam 18 februari 1999, nr. EA 98-5485, n.g. | 222, 223 |
| Ktr Leiden 28 april 1999, <i>JAR</i> 1999, 267 | 223, 399-400 |
| Ktr Amsterdam 4 mei 1999, <i>Prg</i> 1999, 5185 | 219, 442 |
| Ktr Utrecht 11 mei 1999, <i>JAR</i> 1999, 269 | 440 |
| Ktr Apeldoorn 14 juni 1999, nr. 94846/HA 99-115, n.g. | 223 |
| Ktr Utrecht 16 augustus 1999, <i>JAR</i> 1999, 204 | 217, 219, 619-620 , 658 |
| Ktr Gorinchem 10 januari 2000, <i>JAR</i> 2000, 106 | 616 |
| Ktr Heerlen 16 februari 2000, <i>JAR</i> 2000, 52 | 223, 325-326 |
| Ktr 's-Hertogenbosch 17 februari 2000, <i>JAR</i> 2000, 70 | 229, 440-441 |
| Ktr 's-Hertogenbosch 23 februari 2000, <i>JAR</i> 2000, 127 | 222, 223 |
| Ktr Amsterdam 23 februari 2000, nr. EA-3795/99, n.g. | 223 |
| Ktr Utrecht 22 maart 2000, <i>JAR</i> 2000, 94 | 624 |

JURISPRUDENTIEREGISTER

| | |
|---|----------------------------------|
| Ktr Zutphen 20 april 2000, <i>JAR</i> 2000, 158 | 219 |
| Ktr Rotterdam 2 mei 2000, <i>JAR</i> 2000, 144 | 229 |
| Ktr Amsterdam 8 juni 2000, nr. EA 00-1438, n.g. | 223 |
| Ktr 's-Hertogenbosch 21 juni 2000, <i>JAR</i> 2000, 215 | 219, 221, 222 |
| Ktr Breda 23 juni 2000, <i>JAR</i> 2000, 167 | 223 |
| Ktr Hilversum 10 augustus 2000, nr. EA 00-348, n.g. | 223 |
| Ktr Amsterdam 1 september 2000, <i>JAR</i> 2001, 2 | 229 |
| Ktr Rotterdam 28 september 2000, <i>JAR</i> 2000, 244 | 151, 567-568, 588, 591 |
| Ktr Enschede 18 oktober 2000, <i>JAR</i> 2000, 254 | 221 |
| Ktr Haarlem 11 oktober 2000 en 14 maart 2001, <i>JAR</i> 2001, 88 | 168 |
| Ktr Enschede 18 oktober 2000, <i>JAR</i> 2000, 254 | 219 |
| Ktr Groningen 15 januari 2001, <i>JAR</i> 2001, 48 | 223 |
| Ktr Harderwijk 25 april 2001, <i>JAR</i> 2001, 118 | 88, 512-513, 528 |
| Ktr Middelburg 14 mei 2001, <i>JAR</i> 2001, 12 | 219, 231 |
| Ktr Amsterdam 30 mei 2001, <i>JAR</i> 2001, 242 | 378 |
| Ktr Maastricht 6 juni 2001, <i>JAR</i> 2001, 120 | 211, 219, 220, 231 |
| Ktr Beetsterzwaag 12 juni 2001, <i>Prg</i> 2001, 5714 | 101 |
| Ktr 's-Gravenhage 23 mei 2001, <i>JAR</i> 2001, 133 | 219, 231 |
| Ktr Wageningen 13 juni 2001, <i>JAR</i> 2001, 137 | 219 |
| Ktr Utrecht 1 augustus 2001, <i>JAR</i> 2001, 195 | 43, 88, 168, 223, 511-512, 589 |
| Ktr Eindhoven 23 augustus 2001, <i>JAR</i> 2003, 286 | 143 |
| Ktr Breda 16 november 2001, <i>JAR</i> 2002, 3 | 223 |
| Ktr Bergen op Zoom 6 februari 2002, <i>JAR</i> 2002, 52 | 219, 231 |
| Ktr Middelburg 4 maart 2002, <i>JAR</i> 2002, 216 | 93 |
| Ktr Dordrecht 7 maart 2002, <i>JAR</i> 2002, 267 | 668 |
| Ktr Maastricht 17 april 2002, <i>JAR</i> 2002, 161 | 620-621, 647, 680 |
| Ktr Hilversum 16 mei 2002, <i>JAR</i> 2002, 177 | 497 |
| Ktr Rotterdam 4 juni 2002, <i>JAR</i> 2002, 183 | 84, 120 |
| Ktr Utrecht 4 september 2002, <i>JAR</i> 2002, 220 | 88, 377-378, 381, 389 |
| Ktr Zaanstad 31 oktober 2002, <i>JAR</i> 2002, 283 | 219, 231 |
| Ktr Alkmaar 4 december 2002, <i>JAR</i> 2003, 1 | 219, 230 |
| Ktr Rotterdam 11 december 2002, <i>JAR</i> 2003, 61 | 223 |
| Ktr Schiedam 17 december 2002, <i>JAR</i> 2004, 9 | 16 |
| Ktr Enschede 14 januari 2003, <i>JAR</i> 2003, 25 | 668 |
| Ktr Heerlen 29 januari 2003, <i>JAR</i> 2003, 59 | 219, 231 |
| Ktr Zaanstad 30 januari 2003, <i>JAR</i> 2003, 64 | 219, 231 |
| Ktr Rotterdam 31 januari 2003, <i>Prg</i> 2003, 6028 | 222, 223 |
| Ktr Gouda 6 februari 2003, <i>Prg</i> 2003, 6027 | 229 |
| Ktr Zutphen 25 februari 2003, <i>JAR</i> 2003, 100 | 229 |
| Ktr Apeldoorn 4 maart 2003, <i>Prg</i> 2003, 6118 | 221, 515 |
| Ktr. Brielle 11 maart 2003, <i>JAR</i> 2003, 93 | 112 |
| Ktr Rotterdam 8 april 2003, <i>JAR</i> 2004, 240 | 163, 436-437, 441, 472, 483, 484 |
| Ktr Den Helder 22 april 2003, <i>JAR</i> 2003, 114 | 442-443, 483 |
| Ktr Haarlem 18 juni 2003, <i>JAR</i> 2003, 188 | 87, 437, 484, 626-627 |

| | |
|---|--|
| Ktr Middelburg 1 september 2003, <i>JAR</i> 2003, 269 | 135, 143 |
| Ktr Amsterdam 8 september 2003, <i>JAR</i> 2003, 230 | 215 |
| Ktr Brielle 30 september 2003, <i>JAR</i> 2003, 267 | 87, 151, 434-435 , 447, 471, 483, 484 |
| Ktr Amsterdam 9 oktober 2003, <i>JAR</i> 2003, 282 | 162, 223 |
| Ktr Middelburg 20 november 2003, <i>JAR</i> 2004, 7 | 621 |
| Ktr Alphen aan den Rijn 23 december 2003, <i>JAR</i> 2003, 34 | 221 |
| Ktr Deventer 19 februari 2004, <i>JAR</i> 2004, 57 | 217 |
| Ktr Utrecht 3 maart 2004, <i>JAR</i> 2004, 80 | 219, 230 |
| Ktr Delft 4 maart 2004, <i>JAR</i> 2004, 88 | 621 |
| Ktr Alphen aan den Rijn 6 april 2004, <i>JAR</i> 2004, 102 | 217 |
| Ktr Amsterdam 16 april 2004, <i>JAR</i> 2004, 121 | 217 |
| Ktr Amsterdam 11 mei 2004, <i>JAR</i> 2004, 152 | 88, 229, 230, 437-438 , 442, 484, 488 |
| Ktr Maastricht 28 mei 2004, <i>JAR</i> 2004, 155 | 643 |
| Ktr Terneuzen 29 september 2004, <i>JAR</i> 2004, 270 | 433-434 , 480, 483, 484 |
| Ktr Hoorn 25 oktober 2004, <i>JAR</i> 2005, 57 | 88, 230, 438, 472, 488 |

Centrale Raad van Beroep

| | |
|--|---------------------------------------|
| CRvB 16 november 1981, <i>AB</i> 1982, 180 met noot V.d. H. | 202, 203 |
| CRvB 28 juni 1984, <i>TAR</i> 1984, 197 | 233 |
| CRvB 7 maart 1985, <i>TAR</i> 1985, 96 | 179 |
| CRvB 18 juni 1985, <i>TAR</i> 1985, 181 | 192 |
| CRvB 4 juli 1985, <i>TAR</i> 1985, 200 | 233 |
| CRvB 12 februari 1987, <i>TAR</i> 1987, 82 | 205 |
| CRvB 11 februari 1988, <i>TAR</i> 1988, 76 | 233 |
| CRvB 30 juni 1988, <i>TAR</i> 1988, 171 | 233 |
| CRvB 9 februari 1989, <i>TAR</i> 1989, 76 | 205 |
| CRvB 5 april 1990, <i>TAR</i> 1990, 130 | 233 |
| CRvB 8 november 1990, <i>TAR</i> 1991, 6 | 233 |
| CRvB 6 december 1990, <i>TAR</i> 1991, 33 | 202, 204, 445 |
| CRvB 21 november 1991, <i>TAR</i> 1992, 10 | 233 |
| CRvB 20 november 1992, <i>AMP</i> 1991, 16 | 207 |
| CRvB 11 februari 1993, <i>TAR</i> 1993, 71 en <i>AB</i> 1993, 326 m.nt. Hennekens | 233 |
| CRvB 30 september 1993, <i>TAR</i> 1993, 229 | 233 |
| CRvB 9 december 1993, <i>TAR</i> 1994, 34 | 179 |
| CRvB 17 maart 1994, <i>TAR</i> 1994, 106; <i>AB</i> 1995, 537 | 179 |
| CRvB 9 mei 1994, <i>TAR</i> 1994, 151 | 202, 572-573 , 599 |
| CRvB 7 juli 1994, <i>TAR</i> 1994, 10 | 205 |
| CRvB 7 juli 1994, <i>TAR</i> 1994, 184 | 202, 204, 444 , 447, 471, 480 |
| CRvB 16 maart 1995, <i>TAR</i> 1995, 128 | 202, 204, 444 , 625-626 |
| CRvB 10 augustus 1995, <i>TAR</i> 1995, 241 | 202, 204, 207, 208, 445 |
| CRvB 10 mei 1996, <i>TAR</i> 1996, 137 | 233 |
| CRvB 25 juli 1996, <i>TAR</i> 1996, 160 en CRvB 16 augustus 2001, <i>TAR</i> 2002, 155 | 235 |

JURISPRUDENTIEREGISTER

| | |
|---|---|
| CRvB 15 augustus 1996, TAR 1996, 171 | 233 |
| CRvB 26 september 1996, TAR 1996, 197 | 653 |
| CRvB 3 oktober 1996, TAR 1996, 200 | 202, 204, 205, 446 |
| CRvB 13 februari 1997, TAR 1997, 59 | 179 |
| CRvB 19 juni 1997, TAR 1997, 183 | 202, 204, 205, 619 |
| CRvB 27 november 1997, TAR 1998, 23 | 617 |
| CRvB 27 november 1997, TAR 1998, 24 | 232, 235, 616, 653 |
| CRvB 22 oktober 1998, TAR 1998, 187 | 208 |
| CRvB 21 januari 1999, nr. 97/4384 AW, LJN AA 8682 | 204, 205, 614 |
| CRvB 6 mei 1999, nr. 97/6269 AW, LJN AA3886 | 446 |
| CRvB 10 juni 1999, TAR 1999, 122 | 233 |
| CRvB 5 augustus 1999, TAR 1999, 133 | 207, 208 |
| CRvB 11 november 1999, JB 1999, 306 | 179 |
| CRvB 18 mei 2000, nr. 97/7677 MAW en 98/2253 MAW, LJN AF 3983 | 204, 622 |
| CRvB 22 juni 2000, JB 2000, 232; TAR 2000, 112 m.nt. Festen-Hoff 173, 179-180 , 388 | |
| CRvB 29 juni 2000, TAR 2000, 116 m.nt. Festen-Hoff 180, 182 , 187, 188, 193, 202, 204, 205, 207, 208 | |
| CRvB 29 maart 2001, TAR 2001, 74 | 202-203 , 204, 357-358 , 369 |
| CRvB 16 augustus 2001, TAR 2001, 155 | 195, 232, 234 |
| CRvB 27 september 2001, TAR 2002, 2 | 194, 612-613 |
| CRvB 25 oktober 2001, TAR 2001, 326; AB 2002, 27 m.nt. Hennekens (tractorstang) | 191 |
| CRvB 22 november 2001, TAR 2002, 38 | 184 |
| CRvB 29 november 2001, TAR 2002, 40 | 233 |
| CRvB 14 maart 2002, AB 2002, 238 | 189 |
| CRvB 21 maart 2002, TAR 2002, 109 (levend stratego) | 187 |
| CRvB 28 maart 2002, TAR 2002, 35 | 202, 206, 207 |
| CRvB 28 maart 2002, nr. 99/1214 MAW, LJN AE 1327 | 186 |
| CRvB 18 april 2002, nr. 01/4741 AW en 01/4970 AW, LJN AF0408 | 204, 205, 622-623 |
| CRvB 18 april 2002, TAR 2002, 123 | 202 |
| CRvB 5 september 2002, TAR 2002, 22 (Roosien/Staat) | 189-190 |
| CRvB 12 september 2002, TAR 2003, 24 | 184, 190 |
| CRvB 19 september 2002, JB 2002, 339 m.nt. Van Maanen (Birdshot) | 184, 185-186 |
| CRvB 19 september 2002, TAR 2003, 26 (gekantelde viertonner) | 191, 174 |
| CRvB 12 december 2002, nr. 99/3722 AW, LJN AF2288 | 446 |
| CRvB 7 augustus 2003, TAR 2003, 189 | 191, 193, 612-613 , 652 |
| CRvB 2 oktober 2003, TAR 2004, 25 | 206 |
| CRvB 9 oktober 2003, JB 2003, 327 | 182, 374-376 , 385, 388 |
| CRvB 9 oktober 2003, JB 2003, 328 | 182, 374-376 , 385, 388 |
| CRvB 5 februari 2004, TAR 2004, 61 | 653 |
| CRvB 6 februari 2004, TAR 2004, 62 | 193, 513-514 , 555 |
| CRvB 19 februari 2004, nr. 01/3131 AW en 01/3133 AW, LJN AO4184 | 187, 188, 204, 209, 446 |

| | |
|------------------------------------|---|
| CRvB 26 mei 2004, TAR 2005, 19 | 181, 185, 191, 192 , 573-574 , 593-595 , 597, 599 |
| CRvB 1 juli 2004, TAR 2004, 141 | 88, 180-181 , 184, 185, 323-324 , 376-377 , 435-436 , 483, 485 |
| CRvB 9 december 2004, TAR 2005, 33 | 174 |

Rechtbanken, sector bestuursrecht

| | |
|---|---|
| Rb Amsterdam 10 januari 1995, TAR 1995, 108 | 203 |
| Rb Arnhem 11 oktober 1996, TAR 1997, 6 | 195, 207, 208, 519-521 |
| Rb Zwolle 24 april 1997, TAR 1997, 148 | 233 |
| Rb Almelo 20 september 1999, TAR 1999, 162 | 613-614 |
| Rb 's-Gravenhage 9 januari 2001, TAR 2001, 36 | 179 |
| Rb 's-Gravenhage 2 februari 2001, TAR 2001, 136 | 191 |
| Rb 's-Gravenhage 9 april 2001, TAR 2001, 83 | 182, 193, 374-376 , 386 , 388 |
| Rb 's-Gravenhage 15 juni 2001, TAR 2001, 103 | 182, 193, 374-376 , 380, 386 , 388 |
| Rb 's-Gravenhage 2 augustus 2001, TAR 2001, 118 | 88, 182, 333-334 , 361-362 |
| Rb Amsterdam 11 januari 2002, TAR 2002, 46 | 179-181 , 183, 323 , 376-377 , 380 |
| Rb Zwolle 12 februari 2002, TAR 2002, 83 | 513-515 , 555 |
| Rb Amsterdam 30 augustus 2002, TAR 2002, 135 | 234 |
| Rb 's-Gravenhage 11 oktober 2002, TAR 2003, 27 | 186 |
| Rb 's-Gravenhage 17 oktober 2002, TAR 2002, 170 | 182, 190, 334, 361-362 |
| Rb 's-Gravenhage 25 oktober 2002, TAR 2003, 28 | 186 |
| Rb 's-Gravenhage 7 maart 2003, TAR 2003, 67 | 194, 396-397 |
| Rb Maastricht 27 augustus 2003, nr. AWB 02/506 AW, LJN AJ3451 | 617 , 619 |
| Rb Zwolle 11 november 2003, TAR 2003, 202 | 234 |
| Rb 's-Gravenhage 30 december 2003, TAR 2004, 34 | 398-399 , 416-417 |
| Rb Almelo 9 januari 2004, nr. 03/170 AW N1 A, LJN A05523 | 205, 617 |
| Rb 's-Hertogenbosch 5 augustus 2004, nr. AWB 00/3795 AW, LJN AQ8682 | 187 |

Commissie gelijke behandeling

| | |
|--|-----|
| CGB 1 december 1997, <i>Oordelenbundel Cgb</i> 1997, 97-122 en AB 1998, 258 met noot R.H. | 501 |
|--|-----|

Engeland

| | |
|--|--|
| <i>Alcock v Chief Constable of South Yorkshire Police</i> [1991] 4 All ER 907; [1992] 1 A.C. 310 | 242, 243, 327-328 , 338, 348, 362 |
| <i>Armitage v Johnson</i> [1997] IRLR 162 | 247, 257, 553-554 |
| <i>Associated Tyre Specialists (Eastern) Ltd. v P.A. Waterhouse</i> [1976] IRLR 386 | 633 |
| <i>Aston v Imperial Chemical Industries Group</i> , 21 mei 1992, te vinden in: Law Commission, <i>Liability for psychiatric illness</i> , Report no. 249, Londen 1998, p. 27, noot 124 | 403 |
| <i>Balghobin and Francis v London Borough of Tower Hamlets</i> [1987] IRLR 401 | 535 |

JURISPRUDENTIEREGISTER

| | |
|---|--|
| <i>Barber v Somerset County Council</i> [2004] 2 All ER 835 | 243, 250, 344, 426, 447, 451-452 , 470, 483 |
| <i>Bonser v UK Coal Mining Ltd.</i> [2003] EWCA Civ 1296 | 452 |
| <i>Bourhill v Young</i> [1943] AC 92 | 327 |
| <i>British Aircraft Corporation Ltd. v Austin</i> [1978] IRLR 332 | 633 |
| <i>Burton v De Vere Hotels</i> [1996] IRLR 596 | 246, 247, 524 |
| <i>Butler v Fife Coal Co Ltd</i> [1912] AC 149 | 245 |
| <i>Campbell v North Lanarkshire Council</i> [1999] Scot CS 163 (30 June 1999) | 341 |
| <i>Canniffe v East Riding of Yorkshire Council</i> [2000] IRLR 555 | 535 |
| <i>Caswell v Powell Duffryn Associated Collieries Ltd.</i> [1940] AC 152 | 252 |
| <i>Chadwick v British Railways Board</i> [1967] 1 WLR 912 | 365-366 |
| <i>Courtaulds Northern Textiles Ltd v Andrew</i> [1979] IRLR 85 | 634 |
| <i>Cross v Highlands and Islands Enterprise</i> [2001] IRLR 336 | 452-454 , 483 |
| <i>Dooley v Cammel Laird & Co. Ltd. and Mersey Insulation Company Ltd.</i> [1951] Lloyd's List Law Reports, 151 | 362 |
| <i>Dunnachie v Kingston upon Hull City Council</i> [2004] UKHL 36 | 239, 262, 263, 577-578 , 688 |
| <i>Eastwood and another v Magnox Electric Plc (and Mc Cabe v Cornwall County Council and others)</i> [2004] UKHL 35 | 258, 259, 630, 631 , 688, 690 |
| <i>Fraser v The State Hospitals Board for Scotland</i> [2000] ScotCS 191 | 631-632 |
| <i>Frost v Chief Constable of South Yorkshire Police</i> [1997] 3 WLR 1194 | 242, 329 |
| <i>Galt v British Railways Board</i> [1983] NLJ 870 | 334, 362 |
| <i>Gogay v Hertfordshire County Council</i> [2000] IRLR 703 | 258, 629-630 |
| <i>Groves v Lord Wimborne</i> [1898] 2 QB 402 | 245 |
| <i>Heasmans v Clarity Cleaning Co. Ltd.</i> [1987] ICR 949 | 255 |
| <i>HM Prison Service v Salmon</i> [2001] IRLR 425 | 554-555 , 556 |
| <i>Hunter v British Coal Corporation</i> [1999] QB 140 | 362-363 |
| <i>Insitu Cleaning Co Ltd. and another v Heads</i> [1994] IRLR 4 | 524 |
| <i>Johnson v Unisys Ltd.</i> [2001] IRLR 279; [2001] ICR 480 | 242, 244, 257, 259, 262, 632 , 648 |
| <i>Johnstone v Bloomsbury Health Authority</i> [1992] 1 QB 333 | 241 |
| <i>Jones v Tower Boot Co Ltd.</i> [1997] IRLR 168 | 257, 534-535 , 542 |
| <i>King v University of St. Andrews</i> [2002] IRLR 252 | 630 |
| <i>Lewis v Motorworld Garages Ltd</i> [1985] ICR 157 | 634 |
| <i>Lister and Others v Hesley Hall Ltd.</i> [2002] 1 AC 215 | 256 , 537, 541, 595 |
| <i>Long v Mercury Mobile Communications Services</i> , zie http://www.bullyonline.org/media/nr16.htm , 24 juni 2004 | 575-576 , 601 |
| <i>MacDonald v Advocate General for Scotland and Pearce v Governing Body of Mayfield School</i> [2003] UKHL 34; [2003] IRLR 512 | 246, 503 , 505, 524 |
| <i>Malik and Mahmud v Bank of Credit and Commerce International SA (in liquidation)</i> [1997] 3 All ER | 240, 644 |
| <i>McCabe v Cornwall County Council and others</i> [2002] EWCA Civ 463 | 258, 630-631 |
| <i>McCabe v Cornwall County Council and the Governing Body of Mounts Bay School</i> [2003] IRLR 87 | 630-631 |

| | |
|--|---|
| <i>McFarlane v EE Caledonia Ltd.</i> [1994] 2 All ER 1 | 340-341 |
| <i>McFarlane v Wilkinson and Another en Hegarty v. EE Caledonia Ltd.</i> [1997] Lloyd's Law Reports 259 | 247, 340 |
| <i>McGhee v National Coal Board</i> [1973] 1 WLR 1 | 248 |
| <i>Norton Tool Co Ltd v Tewson</i> [1972] ICR 501 | 262 |
| <i>Page v Smith</i> [1995] 1 AC 155 | 250, 251, 254, 328 , 338 |
| <i>Petch v Customers and Excise Commissioners</i> [1993] ICR 789 | 344, 447, 448 , 452 |
| <i>Robertson and Rough v Forth Road Bridge Joint Board</i> [1995], IRLR 251 | 339-340 |
| <i>Robinson v Crompton Parkinson Ltd.</i> [1977] ICR 401 | 633 |
| <i>Schofield v Chief Constable of West Yorkshire Police</i> [1999] ICR 193 | 341-342 , 353 |
| <i>Stewart v Cleveland Guest (Engineering) Ltd.</i> [1994] IRLR 440 | 65, 501, 502 , 505 |
| <i>Sutherland v Hatton and three other appeals</i> [2002] IRLR 263; [2002] 2 All ER 1 | 243, 249, 383, 447, 450-451 , 452, 455, 470-471 , 475 , 479, 480, 482, 483 |
| <i>The Post Office v Roberts</i> [1980] IRLR 347 | 629, 634 |
| <i>The Wagon Mound (No. 1)</i> [1961] AC 388 | 249 |
| <i>United Kingdom v Council of the European Union</i> [1997] IRLR 30 | 64 |
| <i>Vento v The Chief Constable of West Yorkshire Police</i> [2002] EWCA Civ 1871 | 555 , 601 |
| <i>Vernon v Bosley</i> [1997] 1 All ER 577 | 254 |
| <i>Virgo Fidelis Senior School v Boyle</i> [2004] UKEAT 0644_03_2301 | 634 |
| <i>Wadman v Carpenter Farrer Partnerschip</i> [1993], IRLR 374 | 65, 501 |
| <i>Walker v Northumberland County Council</i> [1995] 1 All ER 737 | 43, 97, 243, 344, 345 , 447, 449-450 , 452, 483 |
| <i>Ward v Scotrail Railways Ltd.</i> 199 SC 255 (27 november 1998) | 536 , 542 |
| <i>Waters v Commissioner of Police of the Metropolis</i> [2000] I.C.R. 1064 | 243, 344, 503, 522-523 , 527, 575 |
| <i>Wetherall (Bonds St. W1) Ltd v Lynn</i> [1977] ICR 205 | 633 |
| <i>White and others v. Chief Constable of South Yorkshire Police and others</i> [1999] ICR 216 | 102, 241, 242, 247, 328, 329, 338-339 , 363, 366-367 , 371, 674 |
| <i>Wigan Borough Council v Davies</i> [1979] I.C.R. 411 | 576-577 |
| <i>Wigg v British Railways Board</i> , The Times, 4 februari 1986 | 366 |
| <i>Wilsher v. Essex Area Health Authority</i> [1988] AC 1074 | 248 |
| <i>Wilson & Clyde Coal Co v English</i> [1938] AC 57 | 239 |
| <i>Wood v Freeloader Ltd.</i> , [1977] IRLR 458 | 523-524 |
| <i>Yassin Essa v Laing Ltd.</i> [2004] EWCA Civ 2, 21 January 2004 | 251 |
| <i>Young v Charles Church (Southern) Ltd and Another</i> , The Times, 1 May 1997 | 247, 341 , 353 |

Duitsland

| | |
|--|-----|
| BVerfGE 7.11.1972, NJW 1973, 502 | 268 |
| BVerfGE 8.2.1995, NJW 1995, 1607 | 268 |
| BSG 31.7.1985, SozR 220 § 548 Nr. 75 | 270 |
| BSG 22.8.1999, SozR 3-2200 § 548 Nr. 4 | 270 |

JURISPRUDENTIEREGISTER

| | |
|--|--|
| LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 24.01.2002 – L7 U 645/00 | 270 |
| BGH, <i>BGHZ</i> 13, 334 (1954) | 277 |
| BGH 13.5.1955, <i>BGHZ</i> 17, 214 | 282 |
| BGH 19.9.1961, <i>BGHZ</i> 35, 363, 369 | 277 |
| BGH 30.10.1967, <i>BGHZ</i> 49, 19, 21 | 283 |
| BGH 20.4.1971, <i>NJW</i> 1971, 1313 | 282 |
| BGH 6.4.1995, <i>NJW</i> 1995, 2629 | 272 |
| BGH <i>VersR</i> 84,40 en <i>NJW</i> 84, 432 | 272 |
| BAG 13.3.1967, <i>NJW</i> 1967, 1631 | 273, 456-457 , 480 |
| BAG 12.3.1968 = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG | 287 |
| BAG 27.2.1970, AP nr. 16 zu § 618 BGB | 272, 273 |
| BAG 26.11.1980, AP nr. 6 zu § 17 BAT | 274, 280, 457 |
| BAG 24.2.1982, <i>NJW</i> 1982, 2140 | 274, 457 |
| BAG 15.7.1987, <i>DB</i> 1987, 2571 | 266 |
| BAG 14.3.1989, <i>NZA</i> 1990, 21 | 280 |
| BAG 14.3.1989, <i>NZA</i> 1990, 24 | 275, 278, 280 |
| BAG 6.9.1989, <i>NZA</i> 1990, p. 305 | 287 |
| BAG 4.4.1990, <i>NZA</i> 1990, 933; <i>DB</i> 1990, 1522 | 266 |
| BAG 5.3.1996, <i>NZA</i> 1996, 751 | 275, 278, 280 |
| BAG 29.10.1997, <i>DB</i> 1998, 371 en <i>NZA</i> 1998, 307 | 266 |
| BAG 18.2.1999, <i>NJW</i> 1999, 1988 | 275, 278, 280, 636 |
| LAG Hamm 12.6.1984, <i>NZA</i> 1985, 159 | 285 |
| LAG Hamburg 3.4.1991, <i>NZA</i> 1992, 509 | 635 |
| LAG Düsseldorf, 29.11.1994, <i>BB</i> 1995, 523; <i>NZA</i> 1995, 579 | 286 |
| LAG Köln 7.1.1998, <i>AR-Blattei</i> ES 20, nr. 36 | 582 |
| LAG Düsseldorf 27.5.1998, <i>BB</i> 1998, 1694 | 280 |
| LAG Bremen 28.4.2000, nr. 3 Sa 284/99, 7 Ca 7477/97 | 582-583 |
| LAG Thüringen 15.2.2001, <i>NZA-RR</i> 2001, 577; <i>DB</i> 2001, 1783 | 274, 280, 283, 579-580 , 595-596, 677 |
| LAG Thüringen 10.4.2001, <i>NZA-RR</i> 2001, 347; <i>DB</i> 2001, 1204 | 274, 280, 283, 559, 579, 580-581 , 595-596, 677 |
| LAG Rheinland-Pfalz, 16.8.2001, <i>NZA-RR</i> 2002, 121 | 43-44, 274, 280, 281, 581-582 , 601 |
| AG Dresden 9.7.2003, 5 CA 5954/02 | 280, 281, 582 , 601, 667 |
| AG Hamburg 14.4.1989, <i>Der Betrieb</i> 1989, 1142 | 272 |

Verenigde Staten

| | |
|--|---------------------------|
| <i>Albertson's, Inc. v. Workers' Compensation Appeals Board</i> , 131 cal. App. 3d 308, 182; Cal. Rptr. 304 (1982) | 301, 549-550 , 552 |
|--|---------------------------|

| | |
|---|-------------------------------------|
| <i>Anderson v. Save-A-Lot. Ltd</i> , 989 S.W. 2d 277 (Tenn. 1999) | 547 |
| <i>Bach v. Flint Board of Education</i> 197 Mich. App. 247, 494 N.W. 2d 815 (1992) | 599 |
| <i>Bailey v. American General Insurance Co.</i> , 154 Tex. 430, 279 S.W. 2d 315 (1955) | 298, 357 |
| <i>Bass v. Nooney Co.</i> , 646 S.W. 2d 765, 772-773 (Montana 1983) | 682 |
| <i>Brown & Root Construction Co. v. Duckworth</i> 475 So.2d 813 (Miss. 1985) | 637-638, 639 |
| <i>Burlington Industries Inc. v. Ellerth</i> , 524 U.S. 742 (Supreme Court, 1998) | 538-540, 677 |
| <i>Caron v. Maine School Administration</i> , 594 A.2d 560 (Me. 1991) | 460-461 |
| <i>Carter v. General Motors Corp</i> , 361 Mich. 577, 593, 106 N.W. 2d 105, 113 (1960) | 486 |
| <i>Consolidated Freightways v. Drake</i> , 678 P.2d 874 (Wyoming Supreme Court, 1984) | 230, 458-459 |
| <i>Consolidated Rail Corporation v. Gotshall</i> , 114 Supreme Court U.S. 2396, 129 L. Ed. 2d 427 (1994) | 41-43, 304, 346, 349, 350, 404, 425 |
| <i>Crowley v. North American Telecommunications Association</i> , 691 A.2d 1169 (D.C. 1997) | 584 |
| <i>Demirjean v. Principal Financial Group, Inc.</i> , No. 1014925 (Iowa Industrial Commissioner, Aug. 31, 1994) | 461-462 |
| <i>Dunlavey v. Economy Fire & Casualties Co.</i> 526 N.W. 2d 845 (Iowa Supreme Court, 1995) | 298, 300, 459-460 |
| <i>Faragher v. City of Boca Raton</i> , 524 U.S. 775 (Supreme Court, 1998) | 538-540, 677 |
| <i>Faya v. Almaraz</i> , 620 A2d 327 (Md 1993) | 414 |
| <i>Fields v. Cummins Employees' Federal Credit Union</i> , 540 N.E.2d 631 (Ind. Ct. App. 1989) | 547 |
| <i>Ford v. Revlon, Inc.</i> , 734 P.2d 580 (Ariz. 1987) | 548 |
| <i>Funeral Services by Gregory, Inc. v. Bluefield Community Hospital</i> , 413 S.E.2d 79 (W.Va. 1991) | 415 |
| <i>Gardner v. Van Buren Public Schools</i> 445 Mich. 23, 517 N.W.2d 1 (1994, Michigan Supreme Court) | 485-486, 489, 599-600 |
| <i>Globe Machine v. Yock</i> , 79 Or. App. 9, 15-16, 717 P2d. 1235, 1239 (1986) | 486 |
| <i>Godfrey v. Perkin-Elmer Corp.</i> 794 F. Supp. 1179 (D.N.H. 1992) | 526, 584 |
| <i>Graves. v. Utah Power and Light Co.</i> , 713 P.2d 187 (Wyoming Supreme Court, 1986) | 300 |
| <i>Grozdanich v. Leisure Hilss Health Ctr., Inc.</i> , 25 F.Supp. 2d 953 (Minnesota, 1998) | 539 |
| <i>Guillot v. Sentry Insurance Co.</i> 472 So.2d 197 (Louisiana Court of Appeals, 1985) | 638 |
| <i>Harris v. Forklift Systems, Inc.</i> , 510 U.S. 17 (Supreme Court, 1993) | 308, 553 |
| <i>Harris v. Jones</i> , 380 A.2d 611 (Maryland Court of Appeals, 1977) | 584-585 |
| <i>Hoy v. Angelone</i> , 691 A.2d 476 (Pennsylvania Superior Court, 1997) | 526 |
| <i>Hyett v. Northwestern Hospital</i> , 147 Minn. 413, 180 N.W. 552 (1920) | 294 |
| <i>Kelly</i> , 394 Mass. At 685, 477 N.E.2d 582, 585 (Massachusetts Supreme Court, 1985) | 656-657 |

JURISPRUDENTIEREGISTER

| | |
|--|---------------------------|
| <i>Korter v. EBI Companies, Inc.</i> 46 Or. App. 43, 610 P.2d 312 (1980, Oregon Court of Appeals) | 638 |
| <i>Loh Lin v. Burroughs Corporation</i> 75 A.D. 2d 702, 427 N.Y.S. 2d 78 (Sup. Ct. App. Div., 1980) | 638, 639 |
| <i>Marchica v. Long Island Railroad</i> , 810 F. Supp. 445 (E.D.N.Y. 1993), affirmed 31 F.3d 1197 (2d Cir. 1994), cert. Denied, 115 S.Ct. 727 (1995) | 407-408 , 413-414 |
| <i>Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson</i> , 477 U.S. 57 (Supreme Court, 1986) | 307, 69, 504, 538 |
| <i>Metro North Commuter Railroad Co. v. Buckley</i> , 521 U.S. 424 Supreme Court (1997) | 43, 304, 404 , 410 |
| <i>Mirzaie v. Smith Cogeneration Inc.</i> , 962 P.2d 678 (Oklahoma Court of Appeals, 1998) | 584 |
| <i>Mitchell v. State</i> , 85 Hawaii 250, 942 P.2d 514 (1997) | 301, 656 |
| <i>Moon v. Board of Trustees</i> 548 N.W.2d 565 (Iowa Supreme Court 1996) | 368-369 |
| <i>Norfolk & Western Railway Co. v. Ayers et al.</i> , 123 Supreme Court 1210 (2003) | 304, 405-406 |
| <i>Pathfinder Cp. V. Indus. Commission</i> , 62 Ill. 2d 556, 343 N.W. 2d 913 (1976) | 297, 357 |
| <i>Philadelphia v. Workmen's Compensation Appeal Board Bd.</i> , 682 A.2d 875 (Philadelphia Commw. Court. 1996) | 369 |
| <i>Potter v. Firestone & Rubber Co.</i> 863 P. 2d 795 (California Supreme Court, 1993) | 409 |
| <i>School District No. 1 v. Department of Industry, Labor and Human Relations</i> , 62 Wis. 2d, 370, 215 N.W. 2d, 373 (1974) | 299 |
| <i>State Accident Insurance Fund Corp. V. Shilling</i> 66 Or. App. 600, 675 P.2d 1081 (1984) | 486-487 , 489 |
| <i>Stokes v. First National Bank</i> , 377 S.E.2d 922 (S.C. Ct. App. 1988) | 460 |
| <i>Tandy Corp. v. Bone</i> , 678 S.W.2d 312 (Arkansas Supreme Court, 1984) | 583-584 |
| <i>Urie v. Thompson</i> , 337 U.S. 163, 1949 (Supreme Court US) | 303 |
| <i>Williams v. DePaul Health Center.</i> , 996 S.W. 2d 619 (Missouri Court of Appeals for the Eastern District of Missouri, 1999) | 462-463 |
| <i>Williamson v. Waldman</i> , 696 A.2d 14, (N.J. 1997) | 408 |
| <i>Wolfe v. Sibley, Lindsay & Curr Co.</i> , 36 N.Y. 2d 505, 509, 330 N.E. 2d 603, 606, 369 N.Y. S 2d 637, 641-42 (1975) | 357 |
| <i>Wolfram v. Midwest Gynaecologists, P.C.</i> No. 1020266 (Iowa Industrial Commissioner, Nov. 18, 1993) | 461 |

Australië

| | |
|---|----------------|
| <i>Mount Isa Mines Limited v Pusey</i> [1970] 125 C.L.R. | 253 |
| <i>Miller v. Royal Derwent Hospital Board of Management</i> [1992] Aust Torts Reports 81-175 | 383-384 |
| <i>State of New South Wales v. Seedsman</i> [2000] NSWCA 119 (12 May 2000) | 384 |

Trefwoordenregister

Verwezen wordt naar de nummers van paragrafen.

A

| | |
|---|---|
| Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters | 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3 |
| Aanpassingsstoornis | 2.5.5, 13.1 |
| Abfindung | 8.6.1, 8.6.2 |
| Abnormale of excessieve factoren | 5.3.1 |
| Acute stress stoornis (ASS) | 2.5.3, 11.2 |
| AIDS | 12.2, 12.3, 12.4.2, 12.5.4, 15.3.3 |
| Algemeen persoonlijkheidsrecht | 8.1, 8.4.1, 8.4.2, 14.4.4, 15.3.7, 16.2.4 |
| Ambtelijke status | 4.8 |
| Angstschade | |
| – definitie | 12.1 |
| – in het Amerikaanse recht | 12.4.2 |
| – in het Engelse recht | 12.4.1 |
| – in het Nederlandse recht | 12.3 |
| Angststoornis | 2.5.6 |
| ARAR | 4.2.1, 5.2, 6.4.1 |
| Arbeidsinspectie | 13.5.1 |
| Arbeidsomstandighedenwet | 2.2.1, 13.5.1, 14.3.1, 15.3.2 |
| Arbeidstijdenwet | 2.2.1, 13.5.1 |
| Arboconvenanten | 2.2.5, 13.5.1 |
| Artikel 6:162 BW | 3.11, 4.7 |
| Artikel 6:170 BW | 3.10, 4.6, 14.6.2, 15.5.2, 17.4 |
| Artikel 7:611 BW | |
| – bewijslastverdeling | 3.6.9 |
| – processuele regime | 3.2.1 |
| – toepassing bij nazorg | 11.7.5 |
| – toepassing bij overbelasting | 13.5.6 |
| – toepassing bij personeelsbeslissingen | 16.3.4 |
| – toepassing bij pesten | 15.4.3 |
| – toepassing bij psychisch letsel in het algemeen | 3.2.2, 3.4, 17.3.5 |
| – toepassing bij intimidatie wegens sekse en/of ras | 14.5.3 |
| Artikel 7:658 BW | |
| – bewijslastverdeling | 3.6.1 – 3.6.7 |
| – processuele regime | 3.2.1 |
| – toepassing in het ambtenarenrecht | 4.2.2 – 4.2.4, 4.3.1, 4.3.2 |
| – toepassing bij nazorg | 11.7.5 |

TREFWOORDENREGISTER

- toepassing bij overbelasting 13.5.6
- toepassing bij personeelsbeslissingen 16.3.4
- toepassing bij pesten 15.4.3
- toepassing bij psychisch letsel in het algemeen 3.2.2, 17.3.5
- toepassing bij intimidatie wegens sekse en/of ras 14.5.3
- zorgplicht (algemeen) 3.3.1 – 3.3.5

- B**
- Baijings-leer 3.12.1, 3.12.2, 6.2.5, 17.5.2
- Beschermingsbereik geschonden norm 11.4.2, 11.4.3, 11.4.4
- Bestuursrechtelijke procedure 4.8
- Burn-out 2.5.4, 113.1, 13.2, 13.4.2, 13.5.1, 13.5.2, 13.5.5, 17.3.8

- C**
- CAO 2.2.4, 13.5.1
- Causaal verband 3.6, 7.4.1, 7.4.2, 8.3.1, 17.3.6
- Civil Rights Act 9.1, 9.5, 14.4.5, 14.6.5
- Commissie ADO 3.12.2
- Commissie gelijke behandeling 14.3.1
- Constructive dismissal 7.6.2

- D**
- Depressie(ve stoornis) 2.5.4, 13.1, 13.2
- DSM-IV 2.5.2 – 2.5.7, 11.2, 13.1
- Duty of care (with regard to the health and safety of employees) 7.1, 7.2.1, 17.3.5
- Duty of mutual trust and confidence 7.1, 7.2.1, 14.4.3, 16.2.3, 16.3.3, 17.3.5

- E**
- Eigen schuld 3.8.1 – 3.8.4, 4.4, 7.4.3, 8.3.1
- Eggshell skull rule 7.4.1, 9.2.4, 13.6.2, 15.6.2
- Erkend psychiatrisch ziektebeeld 3.9.3, 14.8, 15.7
- Europese Unie 2.4
- Extra Garantieregeling Beroepsrisico's 11.4

- F**
- Federal Employers Liability Act (FELA) 9.3.1, 9.3.2, 11.3.3, 11.4.4, 12.4.2, 13.4.5
- Fireman's rule 11.6.2
- Floodgates-argument 2.6, 17.6

TREFWOORDENREGISTER

- Foutaansprakelijkheid 1.2, 17.3
 Functioneel verband 3.10.1, 14.6.2
 Fürsorgepflicht 8.1, 8.3.2, 8.4.1, 8.4.2, 13.4.4,
 14.7.3, 15.3.7, 16.2.4, 16.3.1, 16.3.2,
 16.3.3, 17.3.5
- H**
 Hart- en vaatziekten 5.3.2
 Health and Safety Executive (HSE) 2.3.1, 13.4.1, 13.5.1
 Hulpverleners 11.6.1, 11.6.2
- I**
 ICD-10 2.5.2 – 2.5.7, 13.1
 Injury to feelings 7.1, 7.4.2, 7.4.4, 7.6.2, 14.8, 16.5.1
 Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) 2.4, 13.5.5
 Intimidatie op grond van ras
 – definitie 14.1
 – in het Amerikaanse recht 14.4.5
 – in het Duitse recht 14.4.4
 – in het Engelse recht 14.4.3
 – in het Nederlandse recht 14.4.2
- K**
 Kantonrechtersformule 6.2.1
 Kelderluikcriteria 13.5.2, 13.5.4
 Kennelijk onredelijk ontslag 6.3.1 – 6.3.4, 17.5.1
 Klachtrecht 2.2.3
 Kündigung 8.6.1
- L**
 Law Commission 2.6, 11.4.3, 11.4.6, 13.4.3
 Longkanker 12.2, 12.3, 12.4.2
- M**
 Management Standards for Tackling Work
 Related Stress 2.3.1, 13.5.1
 Mesothelioom 12.2, 12.3, 12.4.2
 Mobbing 8.2.2, 8.5.2, 15.3.6, 15.3.7
- N**
 Nazorg (opvang) 11.7
 Nederlands Centrum voor Beroepsziekten
 (NCvB) 2.5.2 – 2.5.7, 11.2, 13.1, 13.2
 No-fault vergoedingssysteem 1.2, 11.4.7, 11.4.8, 12.6, 13.6, 14.7,
 15.6, 6.6

TREFWOORDENREGISTER

O

| | |
|--|---|
| Objective causation test | 9.2.2, 9.2.5, 11.4.7, 11.4.8, 13.6.1, 13.6.2, 15.6.2, 16.6.1, 17.2.1 |
| Omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband | 3.6.3, 3.6.4, 3.6.7, 4.3.1 |
| Ontbinding van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:685 BW) | 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3, 17.5.1 |
| Ontslag ambtenaar | 6.4.1, 6.4.2 |
| Opzet of bewuste roekeloosheid | 3.8.3 |
| Organisationsverschulden | 8.5.1, 8.5.2, 14.6.4, 15.5.3, 17.4 |
| Overbelasting | |
| – in het Amerikaanse recht | 13.4.5 |
| – in het Duitse recht | 13.4.4 |
| – in het Engelse recht | 13.4.3 |
| – in het Nederlandse recht | 13.4.2 |
| – omschrijving | 13.1 |
| Overspannenheid | 13.1, 13.2 |

P

| | |
|---|---|
| § 618 BGB | 8.3.1, 8.3.2, 13.4.4 |
| Pesten | |
| – definitie | 15.1.1 |
| – in het Amerikaanse recht | 15.3.8 |
| – in het Duitse recht | 15.3.6, 15.3.7 |
| – in het Engelse recht | 15.3.5 |
| – in het Nederlandse recht | 15.3.2 – 15.3.4 |
| Personeelsbeslissingen | |
| – in het Duitse recht | 16.2.4 |
| – in het Engelse recht | 16.2.3 |
| – in het Nederlandse recht | 16.2.2 |
| – omschrijving | 16.1 |
| (Physical) zone of danger test | 9.2.2, 11.4.4, 12.3, 13.3.1, 13.3.2 |
| Physical impact test | 11.4.4, 11.4.6, 12.3, 12.4.2, 12.5.1, 13.3.1, 13.3.2 |
| Posttraumatische stress stoornis (PTSS) | 2.5.3, 11.2, 11.7.2 |
| Predispositie | 3.7.1, 3.7.3, 3.7.4, 3.8.1, 7.4.1, 7.4.2, 17.3.6 |
| Primary and secondary victims | 7.2.2, 11.3.3 |

R

| | |
|--------------------------|----------------|
| Reële of redelijke angst | 12.5.2, 17.3.7 |
| Relativiteit | 3.5, 17.3.7 |

TREFWOORDENREGISTER

| | |
|---|--|
| Richtlijn Psychische Klachten van de Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde (NVAB) | 2.5.2 – 2.5.7 |
| Risicobenadering | 12.3 |
| S | |
| Schade | |
| – in het ambtenarenrecht | 4.5, 16.5.1, 17.3.9 |
| – in het Engelse recht | 7.4.4, 17.3.9 |
| – immateriële schade | 3.9.2, 17.3.8 |
| – materiële schade | 3.9.2, 17.3.8 |
| – omvang schade | 3.9.4, 17.3.9 |
| Schadevergoeding naar billijkheid | 3.9.5, 6.3.2 |
| Shockschade | |
| – definitie | 11.1 |
| – door gevaar voor eigen dood of letsel | 11.3.1 – 11.3.4 |
| – door dood of letsel van een ander | 11.4.1 – 11.4.6 |
| – van hulpverleners | 11.6 |
| – van onvrijwillige deelnemers | 11.5 |
| Seksuele intimidatie | |
| – definitie | 14.1 |
| – in het Amerikaanse recht | 14.4.5 |
| – in het Duitse recht | 14.4.4 |
| – in het Engelse recht | 14.4.3 |
| – in het Nederlandse recht | 14.4.2 |
| – quid pro quo intimidatie | 14.1.1 |
| Simulatie | 2.6, 17.6 |
| Sozial Gesetzbuch (SGB) | 8.1, 8.2.1, 8.2.2, 13.4.4, 14.7.3, 17.2.2 |
| Statutory liability | 7.1, 7.3.1, 7.3.2 |
| Stress | 13.1 |
| T | |
| Therapie | 13.5.5 |
| Toerekening van schade | 3.7.1 – 3.7.4, 4.4, 7.4.1, 7.4.2, 8.3.1, 16.4, 17.3.6 |
| Tort of intentional infliction of emotional distress (IIED) | 9.1, 9.4, 14.4.5, 15.3.8 |
| Traumatic event test | 9.2.2, p.2.3, 11.4.8, 17.2.1 |
| U | |
| Unfair dismissal | 7.1, 7.6.2, 15.3.5, 17.5.2 |
| Unusual stress test | 9.2.2, 9.2.4, 11.4.7, 11.4.8, 11.6.2, 13.4.5, 13.6.1, 13.6.2, 16.2.5, 16.6.1, 17.2.1 |

TREFWOORDENREGISTER

V

Vicarious liability 7.1, 7.5, 14.6.3, 15.5.3, 17.4

W

WAO 1.1.3, 13.2

WIA 1.1.3

Workers' compensation 9.1, 9.2.1 – 9.2.5, 11.4.7, 11.6.2,
13.4.5, 13.6.1, 14.7.4, 15.6.1, 15.6.2,
16.2.5, 16.6.1, 17.2

Wrongful dismissal 7.1, 7.6.1

Z

Zelfstandig schadebesluit 4.2.1, 6.4.1